

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique

Gobert, Didier; Montero, Etienne

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
2001

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Gobert, D & Montero, E 2001, 'L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique', *Journal des Tribunaux*, Numéro 6000, p. 114-128.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'OUVERTURE DE LA PREUVE LITTÉRALE AUX ÉCRITS SOUS FORME ÉLECTRONIQUE

Jusqu'à présent, l'utilisation de l'outil contractuel dans les réseaux fermés a permis de se dispenser d'une réforme législative du droit de la preuve. La voie conventionnelle a comblé les « lacunes » de la loi, en conférant une valeur probatoire aux écrits dématérialisés signés électroniquement. Cette solution n'est plus toujours de mise dans les réseaux ouverts, tel Internet. Pour cette raison, les législateurs européen et nationaux sont intervenus en vue d'assurer la reconnaissance légale de la signature électronique. Cette étape est le préalable obligé vers l'élévation de l'écrit sous forme électronique au rang de preuve littérale. Encore convient-il de « revisiter » les règles de la preuve littérale à l'heure de l'écrit numérique afin d'extraire les fonctions essentielles de l'écrit et d'écarter celles qui relèvent davantage du support papier que de l'écriture elle-même.



2001

INTRODUCTION

114

Notre société se transforme irrésistiblement en une société dite « de l'information ». Que l'on s'en félicite ou non, le progrès constant des technologies du traitement et du transport de l'information favorise une communication, toujours plus rapide et efficace, entre individus situés aux quatre coins du globe. Il leur est permis de s'échanger des textes, des sons, des images... mais aussi leur consentement en vue de conclure des contrats. Jusqu'à présent, un écrit papier, assorti d'une signature manuscrite, cristallisait l'accord des volontés, à des fins diverses, notamment probatoires. Exit donc l'écrit du champ des actes juridiques passés par voie électronique? Les contrats dématérialisés — conclus sans papier — doivent-ils être tenus pour exclus du domaine de la preuve littérale ou preuve par écrit? Sont-ils voués, partant, aux affres de l'humiliation sur le terrain de leur valeur probante? Justement, non!

L'heure est venue pour l'écrit de s'émanciper de la tutelle du papier. La liberté d'épouser d'autres formes lui est aujourd'hui reconnue. La circonstance qu'il se présente sous une forme électronique ne lui fait pas perdre pour autant sa qualité d'écrit. Cette idée est désormais acquise. Il n'est plus contesté que les données binaires inscrites sur un disque dur ou autre mémoire de masse valent bien les mots alignés sur une feuille de papier (1). La montée en puissance des réseaux virtuels a eu raison du monopole du papier. Des règles de preuve héritées du passé ne barrent pas la route au commerce électronique et aux contrats en ligne.

Il faut toutefois mettre un bémol à ce discours confiant : l'assimilation de l'écrit sur support électronique à l'écrit sur support papier ne s'entend que si le premier offre les mêmes garanties que le second. Si les garanties offertes par le papier (intégrité, stabilité, durabilité, possibilité de porter une signature au bas du texte contenant l'engagement de manière à lier physiquement ces deux éléments sur le même support...) ne souffrent pas la discussion, force est d'admettre que l'informatique est, à cet égard, nettement sujette à caution. Rien n'est plus facile que de

modifier, reproduire ou effacer un document informatique (2). En tout cas, l'intégrité d'un document, sa conservation dans la durée, la permanence de son lien avec le fichier contenant une signature... sont largement tributaires de la fiabilité des systèmes. L'écrit sous forme électronique ne saurait se suffire à lui-même : il a besoin d'un « plus » pour s'aligner sur l'écrit papier (3). En substance, ce « plus » passe, notamment, par la *cryptographie* — utilisée soit pour signer (de manière à permettre non seulement l'identification des auteurs de documents, mais aussi le maintien de l'intégrité de ces derniers), soit à des fins de chiffrement (de manière à assurer la confidentialité des communications) — la *tierce certification* et, plus généralement, les secours de la *sécurité informatique*.

C'est dire si la signature électronique, fiable techniquement, est l'un des points névralgiques de la preuve des actes juridiques dématérialisés. Sa reconnaissance légale apparaît donc, sans conteste, comme un passage obligé vers l'admission de l'écrit sous forme électronique au titre de la preuve littérale. D'où la nécessité de faire le point sur cette reconnaissance légale de la signature électronique (chap. 1), avant de « revisiter » les règles de la preuve littérale à l'aune de l'écrit numérique (chap. 2).

CHAPITRE PREMIER

LE PRÉREQUIS : LA RECONNAISSANCE LÉGALE DE LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE

Pendant de nombreuses années, on a pu se dispenser d'une réforme législative du droit de la preuve en vue de l'adapter aux nouvelles technologies de l'information. Le caractère fermé des réseaux a généralement permis aux parties de combler par voie conventionnelle les « lacunes » de la loi. De fait, les intéressés n'ont pas manqué d'aménager les règles

(1) P.-Y. Gautier et X. Linant de Bellefonds, « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », *J.C.P.*, G, 2000, I, 236, p. 1117, n° 15.

(2) En ce sens, X. Linant de Bellefonds, « L'internet et la preuve des actes juridiques », *Expertises*, 1997, pp. 225-229, spéc. p. 226.

(3) Cette observation est empruntée à l'excellente étude de P.-Y. Gautier et X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p. 1118, n° 18.

supplétives de la preuve, notamment en conférant une valeur juridique à certains mécanismes de signature électronique.

Le développement relativement récent de l'internet a changé la donne. La solution contractuelle n'étant plus toujours de mise en réseau ouvert, il devient difficile de s'accommoder du régime probatoire de l'acte sous seing privé et de la conception formaliste de la signature qui a été retenue par la Cour de cassation (4), bien avant l'avènement de l'internet il est vrai.

S'il est aisé d'affirmer qu'on ne peut plus se satisfaire uniquement du concept de signature manuscrite, il est par contre plus difficile de déterminer les évolutions qui devraient idéalement être prônées afin de pouvoir faire preuve au moyen d'un document signé électroniquement (5), voire même d'un document sous forme électronique non signé. Toutefois, l'idée d'adopter une approche fonctionnelle des concepts traditionnels a fait du chemin à la fois en doctrine (6) et dans divers textes législatifs nationaux (7) et internationaux (8).

Indépendamment de ce qui est idéal et de ce qui l'est moins, la directive européenne sur les signatures électroniques indique la voie à suivre afin d'assurer la reconnaissance légale des signatures électroniques, sans toutefois souffler mot sur les autres concepts de droit de la preuve (écrit, acte sous seing privé, acte authentique, original). Contraints de transposer en droit interne l'article 5 de la directive, qui ne représente qu'une vision partielle des problèmes en droit de la preuve, certains Etats membres (notamment la France, le Luxembourg et la Belgique) ont déjà adopté, non sans mal, les règles visant à concilier les exigences de cette disposition avec celles du droit commun de la preuve.

(4) Cass., 24 févr. et 3 nov. 1910, *Pas.*, 1910, I, pp. 241 et 475; Cass., 1^{er} mars 1917, *Pas.*, 1917, I, p. 118; Cass., 7 janv. 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 456; Cass., 2 oct. 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 106; Cass., 28 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1985, p. 69, note M. Van Quickenborne.

(5) Pour un inventaire des différentes pistes possibles, voy. M. Antoine et D. Gobert, « Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification », *R.G.D.C.*, 1998, n° 4/5, pp. 289-292.

(6) D. Syx, « Vers de nouvelles formes de signature? Le problème de la signature dans les rapports juridiques électroniques », *Dr. inform.*, 1986/3, pp. 133-147; M. Fontaine, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », in *La preuve*, colloque U.C.L., 1987; J. Larrieu, « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé », *Cahiers Lamy - Droit de l'informatique*, 1988, H, pp. 8-19 et I, pp. 26-34; M. Antoine, J.-F. Brakeland et M. Eloy, « Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information et de la communication », *Cahiers du C.R.I.D.*, n° 7, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, pp. 38 et s.; Y. Pouillet, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique - De quelques réflexions autour du droit de la preuve », in *Le droit des affaires en évolution - Le juriste face à l'invasion informatique*, colloque A.B.J.E., Bruxelles-Anvers, Bruylant-Kluwer, 1996, pp. 39 à 67; E. Davio, « Preuve et certification sur Internet », *R.D.C.*, 1997, n° 11, pp. 660 à 670; D. Mougenot, « Droit de la preuve et technologies nouvelles : synthèse et perspectives », *Droit de la preuve - Formation permanente C.U.P.*, vol. XIX, oct. 1997, pp. 45-105; M. Antoine et D. Gobert, *op. cit.*, pp. 285-310; D. Gobert et E. Montero, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », *D.A./O.R.*, 2000, n° 53, pp. 17-39.

(7) Loi belge du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *M.B.*, 22 déc. 2000, pp. 42698 à 42699; Loi luxembourgeoise du 14 août 2000 relative au commerce électronique modifiant le Code civil, le nouveau Code de procédure civile, le Code de commerce, le Code pénal et transposant la directive 1999/93 relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques, la directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, certaines dispositions de la directive 97/7/C.E. concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers, *Mémorial*, 8 sept. 2000, p. 2176; Loi française n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, *J.O.*, n° 62, 14 mars 2000, p. 3968.

(8) Loi type de la C.N.U.D.C.I. sur le commerce électronique et guide pour son incorporation, 1996, Nations unies, New York, 1997, disponible à l'adresse suivante : <http://www.un.or.at/uncitral/fr-index.htm>; Directive 1999/93/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, L 13/12 à 20, 19 janv. 2000.

L'exigence européenne : l'article 5 de la directive sur les signatures électroniques

La directive du 13 décembre 1999 « sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques » résulte du constat que des initiatives législatives se multiplient dans plusieurs Etats membres et qu'il devient dès lors urgent de disposer d'un cadre juridique harmonisé au niveau européen (9). Il s'agit d'éviter que le fonctionnement du marché intérieur ne soit gravement entravé par des initiatives divergentes, d'encourager l'utilisation des signatures électroniques, de renforcer la confiance dans les nouvelles technologies et de favoriser ainsi leur acceptation générale. A ces fins, la directive poursuit deux objectifs majeurs. Le premier est la reconnaissance juridique des signatures électroniques (art. 5). Le second est la création d'un cadre légal pour l'activité des prestataires de service de certification (en abrégé, P.S.C.) (10).

Le but de l'article 5 de la directive est la reconnaissance légale des signatures électroniques. Celles-ci ne pourront en effet favoriser le commerce électronique que si une valeur probatoire leur est reconnue. Or, dans la plupart des Etats membres, les exigences légales relatives à la preuve, et plus particulièrement à la signature (ou, mieux, à l'écrit signé car parler de « validité » de la signature en tant que telle ne signifie pas grand-chose), ne sont estimées satisfaites que pour l'écrit signé manuscritement.

Afin d'atteindre l'objectif visé ci-dessus, la directive entend tout d'abord définir la signature électronique [1] pour ensuite réglementer ses effets juridiques [2].

L'analyse de la démarche adoptée par la directive appelle deux observations préalables. Premièrement, celle-ci ne couvre pas les aspects relatifs à la validité des contrats. Il n'est donc pas demandé aux Etats membres de toucher aux éventuelles formalités requises *ad solemnitatem*, mais uniquement aux exigences *ad probationem*. Secondement, elle ne s'applique pas aux signatures utilisées en réseau fermé (11). La Commission considère que le principe de la liberté contractuelle doit prévaloir en pareille hypothèse.

1. — Le concept de signature électronique

La directive donne une double définition de la signature électronique. D'une part, elle définit de manière très générale le terme signature électronique comme « une donnée sous forme électronique jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et servant de méthode d'authentification » (art. 2.1.). D'autre part, elle propose une définition d'une catégorie particulière de signature électronique qu'elle qualifie de *signature électronique avancée* (art. 2.2.).

L'objet de cette distinction n'est pas clair. Elle a manifestement été inspirée par les travaux de la C.N.U.D.C.I. (12). La directive a probablement voulu attirer l'attention sur le fait qu'il existe une multitude de

(9) La directive doit être transposée dans les droits nationaux pour le 19 juillet 2000. Sur ce texte, voy. M. Antoine et D. Gobert, « La directive européenne sur la signature électronique : vers la sécurisation des transactions sur l'Internet? », *J.T.D.E.*, 2000, n° 68, pp. 73-78 et E. Caprioli, « La directive européenne n° 1999/93/C.E. du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques », *Gaz. Pal.*, 2000, pp. 5 à 17.

(10) Nous n'aborderons pas dans cette contribution le régime juridique des prestataires de service de certification. Sur ce sujet, voy. M. Antoine et D. Gobert, *J.T.D.E.*, *op. cit.*, pp. 73-78.

(11) S'il est difficile de s'entendre sur la notion de réseau fermé et de tracer la frontière entre réseau fermé et réseau ouvert, l'attendu n° 16 de la directive donne quelque indication en précisant qu'on serait en présence d'un réseau fermé lorsque « les signatures électroniques sont utilisées exclusivement à l'intérieur de systèmes résultant d'accords volontaires de droit privé entre un nombre défini de participants ».

(12) Voy., par ex., C.N.U.D.C.I., Rapport du groupe de travail sur le commerce électronique relatif aux travaux de sa trente-troisième session (New York, 29 juin-10 juillet 1998), A/CN.9/454, 21 août 1998. Voy. aussi, <http://www.un.or.at/uncitral/fr-index.htm>.

techniques baptisées « signature électronique », dès lors qu'elles permettent, à elles seules ou en combinaison, de réaliser les fonctions traditionnellement dévolues à la signature (13). Cependant, toutes ne présentent pas nécessairement un niveau de sécurité acceptable sur le plan juridique. Le point 1) des définitions vise certainement à englober ces différents mécanismes, sans toutefois leur reconnaître une valeur juridique comparable à celle de l'écrit papier signé manuscritement (voy. ci-après), d'autant que cette définition « technique » ne correspond pas à la définition fonctionnelle qui est traditionnellement donnée à la signature. On suppose que c'est à dessein que la définition parle de « donnée servant de méthode d'authentification », l'authentification pouvant porter tant sur l'origine des données que sur leur intégrité, voire sur d'autres éléments tels qu'un serveur web, un routeur, un logiciel ou une œuvre numérique. Par cette définition, la directive a probablement voulu affirmer sa neutralité technologique en ne privilégiant aucun mécanisme particulier de signature électronique (14), mais s'accommode mal de la notion classique de signature.

Cette neutralité technologique est toutefois tempérée par le point 2) des définitions dans lequel on considère que certaines signatures électroniques peuvent être avancées, et donc sécurisées, pour autant qu'elles satisfassent aux exigences de cet article. Ces exigences, présentées de manière technique, consacrent en réalité les fonctions d'identification (pt b) (15) et d'intégrité (pt d). L'apparente neutralité technologique de cette définition ne saurait faire illusion. En effet, il est évident qu'actuellement, seule la technique de la signature digitale (16), fondée sur la cryptographie asymétrique, répond à la définition de la signature électronique avancée. Le contenu des annexes ne laisse planer aucun doute à ce sujet.

2. — Les effets juridiques de la signature électronique

L'intérêt de la distinction évoquée ci-dessus se manifeste dans l'article 5, qui traite des effets juridiques de la signature électronique.

Afin de reconnaître une valeur juridique à cette dernière, l'article 5 contient deux clauses : l'une d'assimilation (art. 5.1.), l'autre de non-discrimination (art. 5.2.). La première clause consiste à assimiler la signature électronique à la signature manuscrite lorsque certaines conditions sont cumulativement remplies (17). Il s'ensuit que la signature électronique doit être recevable comme preuve en justice et qu'elle doit bénéficier de la force probante (18) accordée à la signature manuscrite (19). On s'avise que la clause d'assimilation ne profite pas à tous les mécanismes de signature électronique, mais uniquement aux signatures électroniques avancées, et ce aux conditions de l'article 2.2. D'un point de vue légis-

tique, il est étonnant que l'article 5.1. commence par traiter de la force probante (pt a) des signatures électroniques avancées pour ensuite envisager leur recevabilité (pt b), puisque celle-ci est un préalable et une condition indispensable de leur reconnaissance juridique.

La clause de non-discrimination s'applique lorsque les conditions auxquelles est subordonnée l'application de la clause d'assimilation ne sont pas remplies. Dans ce cas, les Etats membres doivent veiller à ce que l'efficacité juridique (20) et la recevabilité comme preuve en justice d'une signature électronique ne soient pas refusées pour le seul motif que la signature se présente sous forme électronique, ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, ou encore qu'elle ne repose pas sur un certificat délivré par un P.S.C. accrédité au sens de la directive. Le principe énoncé dans cet article doit être entendu comme celui de la recevabilité (21) des signatures électroniques *lato sensu*, ce qui constitue en soi un énorme progrès par rapport aux règles traditionnelles du droit de la preuve. Toutefois, à défaut de répondre aux spécifications de l'article 5.1., il appartient à celui qui s'en prévaut de convaincre le juge de leur valeur probante (22).

La formulation de l'article 5 appelle plusieurs commentaires.

Puisque l'article 5.1. traite de la force probante des signatures électroniques avancées, il n'était pas nécessaire de traiter dans un second temps de leur recevabilité vu que celle-ci est une condition *sine qua non* de leur reconnaissance juridique. Il eût donc été plus clair de poser, dans un premier temps, le principe de la recevabilité de toute signature électronique et de traiter, dans un second temps, de la force probante des signatures électroniques avancées. De plus, cela aurait évité de devoir traiter du problème de la recevabilité dans la clause d'assimilation (art. 5, 1, b), comme évoqué plus haut.

Ensuite, on peut observer qu'en pratique, l'article 5.1. de la directive ne présente un intérêt que si les Etats membres, tout en respectant le principe de la liberté d'exercice de l'activité de certification, mettent sur pied un régime d'accréditation des P.S.C. (23). A défaut d'une initiative nationale en vue de l'accréditation de ceux-ci, la personne qui se prévaut d'un document signé électroniquement serait tenue d'apporter la preuve que les conditions fixées par les trois annexes de la directive ont effectivement été remplies afin de bénéficier de la clause d'assimilation. Cette situation est difficilement acceptable, surtout si la charge de la preuve incombe au consommateur, étant donné la difficulté d'apporter une telle preuve (24).

On peut dès lors craindre que l'objectif visé par la directive, à savoir renforcer la sécurité juridique, soit manqué puisque, quand bien même le texte résoudrait-il la question de la recevabilité des documents signés électroniquement, le pouvoir discrétionnaire du juge quant à l'appréciation de leur valeur probante serait de nature à rendre l'issue du litige incertaine.

(13) Pour une analyse approfondie des fonctions de la signature et du sort de celles-ci dans un environnement électronique, voir D. Gobert et E. Montero, étude précitée.

(14) M. Antoine et D. Gobert, *J.T.D.E.*, *op. cit.*, p. 74.

(15) Les points a) et c) ne font que stipuler les conditions préalables à l'exigence d'identification du signataire : en effet, une donnée ne permettrait pas d'identifier le signataire et d'éviter les risques de répudiation si cette même donnée était liée à plusieurs signataires ou si elle était créée et gérée par plusieurs personnes.

(16) Pour une explication détaillée de cette technique, appelée aussi signature numérique, voy. S. Parisien et P. Trudel, *L'identification et la certification dans le commerce électronique*, Québec, Ed. Yvon Blais Inc., 1996, pp. 93 à 113; J. Hubin, « La sécurité informatique, entre technique et droit », *Cahiers du C.R.I.D.*, n° 14, E. Story-Scientia, 1998, spéc. pp. 68-112.

(17) La signature électronique doit être avancée au sens de l'article 2.2., elle doit reposer sur un certificat qualifié, tel que défini à l'article 2.5, et enfin, elle doit être créée par un dispositif sécurisé de création de signature, tel que décrit à l'annexe 3 de la directive.

(18) Par force probante, on entend « l'intensité quant à la preuve que la loi lui reconnaît et qui s'impose au juge ». F. Dumon, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », *J.T.*, 1978, p. 486.

(19) Rappelons que parler de la force probante de la signature manuscrite est un raccourci de langage. Pour être plus exact, nous devrions parler de la force probante de l'écrit signé (soit l'acte sous seing privé ou authentique) car la signature ne saurait être envisagée indépendamment de l'écrit.

(20) On peut s'interroger sur la signification précise de ce concept « d'efficacité juridique! ».

(21) Rappelons que la recevabilité est la « prise en considération, par le juge, d'éléments probatoires déclarés admissibles par la loi eu égard à l'objet du litige ». Cela ne signifie donc pas que l'élément dit recevable aura forcément une influence sur la décision du juge; celui-ci peut parfaitement considérer que ledit élément ne prouve rien. Il n'a qu'une seule obligation : étudier l'élément en question.

(22) Sur les conséquences de la distinction recevabilité/valeur probante, voy. D. Gobert et E. Montero, *op. cit.*, p. 27.

(23) L'octroi d'une accréditation est nécessairement subordonné au respect des conditions prévues à l'annexe II, ce qui suppose la mise en place d'une procédure de délivrance de l'accréditation et un contrôle préalable (sous la forme d'un audit) du respect de ces conditions.

(24) Cette critique doit néanmoins être tempérée par le point a) de l'annexe II qui stipule que « Le prestataire de service de certification qui délivre des certificats qualifiés doit faire la preuve qu'il est suffisamment fiable pour fournir des services de certification ». Dans ce cadre, on peut imaginer que la personne qui se prévaut de la signature mette le prestataire à la cause afin qu'il collabore dans l'administration de cette preuve difficile.

En poussant le raisonnement plus loin, on constate que la combinaison des effets de la clause d'assimilation en droit belge (25) et de la notion de certificat qualifié peut avoir des conséquences désastreuses (26). En effet, pour rappel, l'article 5.1. stipule que si certaines conditions sont remplies, la signature électronique avancée doit bénéficier des mêmes effets juridiques que ceux qui sont reconnus à la signature manuscrite. En droit belge, cet effet n'est autre que la force probante. Cela signifie qu'un écrit signé manuscritement s'impose au juge (on parle de preuve parfaite) (27). Or, l'une des conditions implique que la signature électronique soit basée sur un certificat qualifié. La notion de certificat qualifié est définie dans l'article 2 comme « un certificat qui satisfait aux exigences visées à l'annexe I et qui est fourni par un prestataire de service de certification satisfaisant aux exigences visées à l'annexe II ». Cette définition ne semble pas exiger qu'un prestataire s'engage dans une procédure d'accréditation pour que les certificats qu'il délivre soient réputés « qualifiés ». Le prestataire pourrait donc se limiter à *prétendre* qu'il satisfait aux conditions d'accréditation (voy., à ce propos, l'annexe II de la directive) sans toutefois demander cette dernière et sans que le respect effectif de ces conditions ne fasse l'objet d'aucun contrôle.

Il est logique de conférer force probante aux signatures électroniques avancées liées à un certificat émis par un P.S.C. accrédité car ce dernier est soumis au contrôle permanent d'un tiers indépendant. Par contre, il paraît plus douteux de reconnaître cette même force probante en l'absence d'accréditation (28). En effet, il en résulte que la prétention selon laquelle le P.S.C. répond aux exigences de l'annexe II ne fait l'objet d'un contrôle, ni *a priori* dans le cadre d'une accréditation, ni *a posteriori* par le juge dans le cadre d'un litige (29). Dans cette optique, on peut également s'interroger sur l'intérêt pour un prestataire de s'engager dans une procédure d'accréditation. On peut craindre une nouvelle fois que soit mise à mal l'intention du législateur européen de renforcer la sécurité juridique.

Enfin, rappelons que, se focalisant sur la seule notion de signature, la directive passe sous silence les concepts d'écrit, d'acte sous seing privé, d'acte authentique, de commencement de preuve par écrit, d'original... Or il s'agit là de notions fondamentales du droit de la preuve que les Etats ne peuvent négliger dans leur tâche de transposition de la directive.

La directive européenne sur les signatures électroniques ayant été adoptée, il convient d'analyser la manière dont les Etats membres (30) ont transposé l'article 5 de la directive, qui est relatif à la reconnaissance légale de la signature électronique.

Section 2

La loi française : une réforme ambitieuse

La France n'a pas traîné dans l'adoption d'une législation sur la preuve électronique. En effet, le 13 mars 2000, elle adoptait la loi n° 2000-230 « portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique » (31). Cette loi est censée

assurer la transposition de la directive européenne du 13 décembre 1999 (32), et à tout le moins l'article 5 de celle-ci.

En réalité, le texte adopté se « limite » à modifier les règles du Code civil relatives à la preuve. Pour ce qui est de la fixation du régime juridique des prestataires de service de certification et des questions plus techniques, il renvoie à l'adoption d'un décret en Conseil d'Etat. Les grandes orientations de la loi française peuvent être résumées en cinq points : définition de la preuve littérale indépendamment du support [1], équivalence juridique entre la preuve littérale sous forme électronique et traditionnelle (sur support papier) [2], consécration légale du caractère supplétif des règles de preuve et pouvoir du juge de trancher les conflits de preuve [3], définition fonctionnelle de la signature en général et de la signature électronique en particulier [4], et enfin, reconnaissance de l'acte authentique électronique [5].

La France peut se féliciter d'avoir adopté aussi rapidement ce texte qui, de surcroît, constitue une approche réellement globale et satisfaisante de la problématique. Nous soulignerons toutefois, dans la seconde partie de cette contribution, l'ambiguïté de certains concepts, qui n'est pas sans conséquence sur le régime probatoire et notamment sur le régime applicable au commencement de preuve par écrit.

1. — Définition de la preuve littérale indépendamment du support

Afin de faire entrer la preuve électronique dans le Code civil, le législateur français a procédé en deux étapes. La première consiste à définir la preuve littérale, ou preuve par écrit, de manière large, afin d'y inclure l'écrit sous forme électronique (art. 1316). La seconde vise à préciser la valeur juridique attribuée à la preuve littérale sous forme électronique, en privilégiant une logique d'assimilation (art. 1316 - 1 et 3; cf. *infra*, pt 2).

L'article 1316 nouveau du Code civil donne une définition large de la preuve littérale afin de la rendre indépendante de son support : « La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ». Ainsi, la preuve littérale ne s'identifie plus au papier : elle peut être fixée sur tout type de support (papier, disquette, CD-R, CD-RW, DVD, carte à puce, etc.). Elle ne dépend plus non plus des modes de transmission : l'écrit reste un écrit même s'il est stocké ou transféré sous forme électronique, à condition toutefois qu'il puisse être à nouveau intelligible (33). De la sorte, la loi française adopte une définition qui se veut technologiquement neutre.

Notons que cette définition vaut tant pour les actes authentiques que pour les actes sous seing privé, puisqu'elle est consacrée dans un paragraphe intitulé « Dispositions générales », qui précède les paragraphes relatifs à ces deux types d'actes. Elle vaut également pour le commencement de preuve par écrit et les copies (cf. *infra*).

2. — Equivalence juridique entre la preuve littérale électronique et traditionnelle

Les points 1 et 3 de l'article 1316 semblent traiter respectivement de la recevabilité (« admissibilité ») de la preuve littérale sous forme électronique et de

(25) Le raisonnement est également applicable en droits français et luxembourgeois.

(26) M. Antoine et D. Gobert, *J.T.D.E.*, *op. cit.*, p. 74.

(27) En d'autres mots, lorsqu'un écrit signé manuscritement est présenté au juge, cet élément de preuve doit non seulement être déclaré recevable par le juge, mais en plus il doit être considéré comme représentant une manifestation fiable de la réalité, sans qu'il ne dispose du pouvoir d'apprécier sa valeur.

(28) Pourtant, cela découle de la combinaison des articles 2, 10) et 5.1.

(29) Sauf pour une partie à contester la signature et donc éventuellement le respect des exigences de l'annexe II, preuve diabolique...

(30) Nous nous limiterons à présenter les lois française, luxembourgeoise et belge.

(31) *J.O.*, n° 62, 14 mars 2000, p. 3968. Pour un commentaire de la loi, voy. M. Vivant, « Un projet de loi sur la preuve pour la société de l'information »,

Lamy - Droit de l'informatique et des réseaux, n° 117, 1999, pp. 1-4; P. Nataf et J. Lightburn, « Loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information », *J.C.P.*, E, 2000, pp. 836-839; E. Caprioli, « Ecrit et preuve électroniques dans la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 », *J.C.P.*, E, n° 30, 2000, suppl. n° 2, pp. 1-11; P.-Y. Gautier et X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, pp. 1113-1120.

(32) Sur le lien entre la loi française et la directive européenne, voy. E. Caprioli, « La loi française sur la preuve et la signature électronique dans la perspective européenne », *J.C.P.*, n° 18, 2000, pp. 787-795.

(33) L'écrit doit donc pouvoir être lisible et compréhensible par l'homme, soit directement soit indirectement à l'aide d'un ordinateur, d'un logiciel *ad hoc* et éventuellement d'un logiciel de décryptage.

la force probante de celle-ci (34), et prévoient un principe d'équivalence avec la preuve littérale sur support papier si certaines conditions sont remplies.

En effet, selon l'article 1316-1 « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ». Dans la mesure où ces conditions concerneraient la simple *recevabilité* du moyen de preuve, on peut se demander si elles ne sont pas excessives. Les fonctions d'identification et de maintien de l'intégrité doivent-elles réellement être vérifiées pour permettre au juge de déclarer un écrit sous forme électronique recevable? Si c'est le cas, on peut craindre que la clause de non-discrimination consacrée par l'article 5 de la directive, qui n'exige pas ces conditions, ne soit pas respectée. La définition ouverte de l'article 1316 ne suffit-elle pas à permettre au juge de considérer comme recevable tout écrit, même sous forme électronique? Le respect de ces fonctions d'identité et d'intégrité ne conditionnerait-il pas plutôt, après qu'un mode de preuve eût été déclaré recevable, l'appréciation qui serait faite par le juge de la valeur probante de celui-ci, voire la force probante reconnue par la loi aux différents niveaux de la preuve littérale? De plus, on peut se demander s'il n'est pas redondant, sans compter la confusion qui en découle, d'indiquer les fonctions d'identité et d'intégrité dans un article qui traite de l'écrit sous forme électronique, alors qu'elles semblent constituer, selon l'article 1316-4, les fonctions de la signature (35). Notons enfin qu'en exigeant ces fonctions, la loi française fait peser sur le commencement de preuve par écrit des conditions qui n'existaient pas jusqu'ici (cf. *infra*). Sans doute cet article 1316-1, tel que rédigé, aurait-il mieux trouvé sa place dans une section relative aux actes authentiques et sous seing privé que dans celle relative aux « dispositions générales », ce qui aurait permis d'éviter la confusion entre le concept d'écrit, notion première, et celui d'acte. Nous aurons l'occasion de revenir sur ces questions dans la seconde partie de notre étude.

L'écrit sous forme électronique étant désormais recevable aux conditions de l'article 1316-1, il reste à déterminer la nature ou le degré de la force probante attachée à ce mode de preuve. Le législateur français n'a pas voulu instituer de hiérarchie entre le support électronique et le support papier, comme le précise l'article 1316-3 : « L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier ». Ainsi, comme le précise le rapport Jolibois (36), lorsque l'écrit sous forme électronique n'est pas signé, il a la force probante très limitée accordée aux écrits sur papier non signés, qui sont de simples indices laissés à l'appréciation du juge et peuvent, le cas échéant, être considérés comme un commencement de preuve par écrit (37). Par contre, lorsqu'il est signé, l'acte sous forme électronique a exactement la même force probante que l'acte authentique ou sous seing privé, c'est-à-dire qu'il ne peut être contesté que par un autre acte de valeur équivalente ou supérieure (38). Encore faut-il, bien entendu, que l'écrit sous forme électronique soit signé, ce qui suppose l'usage d'un procédé fiable répondant aux fonctions de la signature telles que décrites à l'article 1316-4.

3. — Pouvoir du juge de trancher les conflits de preuve et consécration légale du caractère supplétif des règles de preuve

Étant donné l'absence de hiérarchie entre la preuve littérale électronique et traditionnelle, il était nécessaire de déterminer la manière de ré-

gler les éventuels conflits entre une preuve littérale sous forme électronique et une preuve littérale sur support papier. L'article 1316-2 confie au juge le soin de trancher ces conflits éventuels au cas par cas : « Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support ». Le législateur donne ainsi au juge un large pouvoir d'appréciation en cas de conflit en matière de preuve littérale, sauf s'il existe une convention préalable entre les parties (par exemple, une convention bancaire ou d'E.D.I.) et si la loi n'a pas fixé d'autres principes (par ex., exigence légale d'un acte rédigé sur papier ou conflit entre un compromis de vente d'un immeuble conclu par voie électronique et l'acte authentique passé devant notaire concernant ce même bien). En fonction du cas d'espèce qui lui est soumis, le juge apprécie souverainement sur la base du critère de vraisemblance la preuve littérale qui doit être retenue. Cette tâche confiée au juge ne sera pas toujours aisée à assumer, notamment dans le cas où certaines parties peuvent avoir intérêt à envoyer par courrier postal l'acceptation d'une offre dont le contenu est différent ou qui remet en cause celle envoyée par voie électronique (et inversement). Le problème sera d'autant plus délicat que, si les envois électroniques peuvent être fixés à la seconde près, les envois postaux traditionnels restent journaliers (39).

On constate, par ailleurs, que l'article 1316-2 consacre légalement un principe unanimement reconnu par la jurisprudence française et belge (40), qui est celui du caractère supplétif des règles de preuve du Code civil, sans préjudice toutefois des dispositions particulières relatives notamment à la protection du consommateur (41).

4. — Définition fonctionnelle de la signature en général et de la signature électronique en particulier

Conscient que la signature constitue une condition d'existence de l'acte, le législateur français a également reconnu un équivalent électronique à la signature manuscrite. Pour ce faire, l'article 1316-4 donne une définition fonctionnelle de la signature en général, pour ensuite envisager le cas particulier de la signature électronique (42).

Le premier alinéa de l'article 1316-4 introduit dans le Code civil une définition fonctionnelle de la signature. Il prévoit, sans distinction entre la signature manuscrite et la signature électronique, que « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte ». Cet alinéa établit ainsi clairement la double fonction assignée par la doctrine à la signature (43) : l'identification de l'auteur de l'acte et la manifestation de son consentement.

Le deuxième alinéa, plus intéressant, traite de la signature électronique en particulier. Il précise, en des termes très généraux et qui se veulent technologiquement neutres, les conditions que celle-ci doit remplir pour se voir reconnaître une valeur juridique comparable à celle de la signature manuscrite. Ce deuxième alinéa dispose que : « Lorsqu'elle est

(34) Sur la distinction entre recevabilité, valeur probante et force probante, D. Gobert et E. Montero, *op. cit.*, p. 27.

(35) Dans le même sens, A. Prüm, « L'acte sous seing privé électronique : réflexions sur une démarche de reconnaissance », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 265; E. Caprioli, « Le juge et la preuve électronique - Réflexions sur le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique », *Juricom.net*, 10 janv. 2000, <http://www.juricom.net/universite/doctrine/article7.htm>

(36) Rapport de M. Charles Jolibois, au nom de la commission des lois, n° 203 (1999-2000), disponible sur le site : <http://www.legifrance.gouv.fr/>

(37) Pour autant que le commencement de preuve par écrit soit déclaré recevable par le juge aux conditions, rigoureuses, de l'article 1316-1, ce qui ne sera pas évident en pratique.

(38) Rapport de M. Charles Jolibois, au nom de la commission des lois, n° 203 (1999-2000), précité.

(39) E. Caprioli, *op. cit.*, *Juricom.net*, 10 janv. 2000.

(40) Selon la Cour de cassation belge, les dispositions légales relatives à la preuve ne sont ni d'ordre public (Cass., 30 janv. 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 29; 30 sept. 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 520; 20 juin 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1256) ni impératives (Cass., 16 oct. 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 229; 22 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 695; 24 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 651). Pour la France, Cass. fr., civ., 6 août 1901, *Gaz. Pal.*, 1901, II, p. 552; Cass. fr., civ., 6 janv. 1936, *D.H.*, 1936, I, p. 115 et Cass. fr., civ., 16 nov. 1977, *Bull. civ.*, 1977, 111, n° 393.

(41) On pense particulièrement aux clauses abusives.

(42) Notons que si la loi française a volontairement abandonné la notion « d'écrit électronique » au profit de celle « d'écrit sous forme électronique » afin d'affirmer qu'il n'existe qu'un seul type d'écrit, qui peut certes désormais se présenter sous des formes différentes, cette même loi n'a pas adopté une démarche identique pour le concept de signature. En effet, celle-ci continue à opérer une distinction entre signature classique et signature électronique.

(43) Cf. *supra*.

électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache ». La fiabilité du procédé utilisé devra en principe être prouvée, ce qui ne sera pas chose aisée. Pour éviter cette preuve difficile et vu la fiabilité reconnue de certains procédés, le texte prévoit une présomption réfragable de fiabilité en faveur des signatures électroniques répondant à des exigences fixées par décret : « La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve du contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat » (44). Cette présomption, aussi compréhensible et justifiable soit-elle, qui entend probablement répondre à la clause d'assimilation de la directive, change quelque peu le régime juridique applicable à l'acte sous seing privé. En effet, si l'acte sous seing privé (*negotium*) figure sur un support papier (*instrumentum*), il suffit à la partie qui conteste l'acte de désavouer sa signature pour retirer toute force probante à celui-ci et engager une procédure en vérification de signature. Par contre, si le même acte prend la forme électronique et qu'il bénéficie de la présomption, le contestataire devra au préalable renverser cette présomption, ce qui ne sera pas aussi simple que de se limiter à désavouer formellement sa signature.

A cette exigence de fiabilité, s'ajoute celle d'un lien indissociable entre la signature et l'acte auquel elle s'attache. En effet, il n'est pas possible d'accorder une valeur juridique à une signature électronique si elle n'est pas indissolublement liée au contenu sur lequel l'auteur marque son consentement (45). C'est aussi pourquoi, selon l'article 2 de la directive, la signature doit être « jointe ou liée logiquement à d'autres données ».

5. — Reconnaissance de l'acte authentique électronique

L'article 1317 relatif à l'acte authentique dispose qu'« Il (l'acte authentique) peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ». La dernière phrase du premier alinéa de l'article 1316-4 ajoute : « Quand elle (la signature) est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte ».

Par ces articles, le législateur a voulu poser d'ores et déjà le principe que l'acte authentique peut être dématérialisé et que la signature de l'officier public peut emprunter la forme électronique. Toutefois, étant donné l'importance de pareil acte et la volonté de veiller à ce que sa dématérialisation ne remette pas en cause les garanties de l'authenticité, la France veut se donner le temps d'effectuer un travail d'approfondissement tant sur le plan juridique que technique en vue de vérifier que les exigences de l'authenticité peuvent être préservées dans un environnement dématérialisé. C'est pourquoi le texte renvoie sagement la question de sa mise en œuvre pratique à un décret, dont l'adoption n'est probablement pas pour demain.

Section 3

Les lois belge et luxembourgeoise : une réforme timide

§ 1^{er}. — LA LOI BELGE

1. — Introduction : rappel historique

Pour rappel, le gouvernement avait préparé deux projets de loi complémentaires en vue de reconnaître la validité de la signature électronique, d'une part, de réglementer les activités des prestataires de service de certification, d'autre part. Le premier projet visait à modifier certaines

dispositions du Code civil relatives à la preuve des obligations, en introduisant dans ce dernier une définition fonctionnelle de la signature. Le second projet visait à mettre en place un régime juridique applicable aux activités des prestataires de service de certification. Après un long parcours, parsemé d'embûches, ces projets aboutissent enfin!

Le « projet preuve », intégré sous forme d'amendement (46) à la proposition de loi du 4 août 1999 introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire (47), a été adopté par la Chambre pour ainsi donner lieu à la loi du 20 octobre 2000 (48). Le projet n° 322 sur les prestataires de service de certification (49), profondément remanié par un amendement du 10 novembre 2000 (50), n'est pas encore adopté au moment où nous écrivons ces lignes.

Ces deux textes (ci-après, « loi preuve » et « projet P.S.C. ») sont complémentaires. Comme le confirme l'exposé des motifs de chacun de ces textes, c'est leur combinaison qui permet de transposer en droit belge les exigences de l'article 5 de la directive.

2. — Transposition de l'article 5 de la directive

Afin de transposer en droit belge les deux clauses (d'assimilation et de non-discrimination) contenues dans l'article 5 de la directive, deux dispositions spécifiques doivent être lues en parallèle. La première est le nouvel alinéa ajouté à l'article 1322 du Code civil par l'article 2 de la « loi preuve » et la seconde est l'article 4, § 4, du « projet P.S.C. ».

Selon l'article 2 du premier texte, « Peut satisfaire à l'exigence d'une signature, pour l'application du présent article, un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte ». L'article 4, § 4, du « projet P.S.C. » dispose, quant à lui, que « Sans préjudice des articles 1323 et suivants du Code civil, une signature électronique avancée réalisée sur la base d'un certificat qualifié et créée par un dispositif sécurisé de création de signature est assimilée à une signature au sens de l'article 1322 du Code civil, que celle-ci soit réalisée par une personne physique ou morale ».

Sans entrer dans une analyse approfondie de ces dispositions, nous pouvons dire que l'article 2 vise la clause de non-discrimination, alors que l'article 4, § 4, consacre la clause d'assimilation (51). Afin de bien comprendre l'articulation entre celles-ci, il faut rappeler que lorsqu'on parle de reconnaissance juridique de la signature électronique, encore faut-il distinguer s'il s'agit d'une simple recevabilité en droit de la preuve ou si la loi lui accorde force probante. Pour résumer le lien entre les deux textes, on peut dire que l'article 2 se borne à consacrer le principe de la *recevabilité* de tout type de signature électronique, le juge étant alors libre d'apprécier la valeur probante à accorder dans chaque cas (il pourrait très bien accorder une valeur probante équivalente à celle de la signature manuscrite s'il estime que les différentes fonctions de la signature sont réalisées avec une certitude raisonnable). Ce dernier texte innove par rapport à la situation juridique actuelle puisqu'un juge ne pourra plus déclarer irrecevable un document au seul motif qu'il est signé électroniquement. Par contre, l'article 4, § 4, va plus loin puisqu'il

(46) Amendement n° 12, disponible sur le site de la Chambre : <http://www.lachambre.be/documents/38/6.pdf>; Voy. D. Gobert, « Signature électronique (Belgique) : projet « preuve » déposé à la Chambre », actualité de juin 2000 sur le site <http://www.droit-technologie.org/>

(47) Disponible sur le site de la Chambre (<http://www.lachambre.be/cgi-bin/docs.bat?l=f&dir=38>).

(48) Loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *M.B.*, 22 déc. 2000, pp. 42698 à 42699.

(49) Projet de loi relatif à l'activité des prestataires de service de certification en vue de l'utilisation de signatures électroniques, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 16 déc. 1999, n° 322 (<http://www.lachambre.be/documents/322/I.pdf>).

(50) <http://www.lachambre.be/documents/322/2.pdf>

(51) Cette interprétation est clairement confirmée dans l'exposé des motifs de la « loi preuve » (pp. 2-3) et dans l'exposé des motifs du « projet prestataires de service de certification » (pp. 12-14).

(44) Ce décret mettra en œuvre les dispositions de la directive relative à la signature électronique et aux prestataires de service de certification.

(45) Rapport de M. Charles Jolibois, au nom de la commission des lois, n° 203 (1999-2000), précité. Voy. aussi D. Gobert et E. Montero, *op. cit.*, p. 37.

accorde *force probante* aux signatures électroniques avancées créées par un dispositif sécurisé de création de signature et combinées à un certificat qualifié (c'est-à-dire ayant un certain contenu et émis par un prestataire de service de certification qui prétend respecter les exigences de l'annexe II de la directive). Ces signatures bénéficient ainsi des mêmes effets juridiques que ceux reconnus aux signatures manuscrites, dans la mesure où on présume, de manière réfragable, que les fonctions d'imputabilité et d'intégrité visées à l'article 2 sont remplies. On estime que la signature est créée dans des conditions de sécurité telles qu'il n'est plus nécessaire qu'elle soit soumise au *contrôle* préalable du juge (52). Toutefois, un signataire peut toujours, comme pour la signature manuscrite, contester sa signature puisque la présomption est réfragable, avec néanmoins la différence fondamentale qu'il ne lui suffit plus de désavouer sa signature mais qu'il doit renverser la présomption.

L'introduction de l'article 2 dans le Code civil appelle plusieurs commentaires.

Selon cet article, il ne fait nul doute que tout type de signature doit désormais être déclaré recevable par le juge. Il n'est donc plus possible de contester un document signé électroniquement au seul motif que la signature n'est pas manuscrite. Le juge doit en outre prendre le temps de vérifier si les fonctions sont remplies par le mécanisme présenté et de se prononcer sur la valeur probante qu'il lui accorde. Il appartiendra dans ce cas à celui qui se prévaut de l'acte signé d'administrer cette preuve. Il semble néanmoins que le juge devrait dispenser la partie de cette preuve difficile lorsque l'acte signé n'est pas contesté par le signataire (même si la signature est sommaire ou réalisée à l'aide d'un mécanisme peu sécurisé). L'absence de contestation pourrait être interprétée comme une approbation par le signataire du contenu de l'acte et comme une ratification qu'il émane effectivement de lui (53).

On peut regretter que cette nouvelle mouture n'exige plus que la signature électronique suppose une transformation de l'écrit. En effet, dans le projet de loi originaire, il était nécessaire que l'ensemble de données soit le résultat d'une transformation, quelle qu'elle soit, de l'écrit, de sorte que s'établisse un lien indissociable entre l'écrit et la signature, sans quoi on ne peut être sûr que c'est cet écrit qui émane du prétendu signataire. Hélas, cette exigence a disparu (54)!

L'exposé des motifs précise que la modification légale proposée est applicable à tous les actes sous seing privé, pour autant qu'ils ne soient pas soumis à une législation spécifique. Il en résulte que si une telle loi prévoit des dispositions particulières faisant obstacle à l'utilisation de la signature électronique, ces dispositions devront être respectées tant que la législation spécifique n'aura pas été adaptée.

La modification adoptée ne semble viser que les actes sous seing privé, à l'exclusion des actes authentiques. En effet, ni les dispositions de la loi ni l'exposé des motifs ne traitent de l'acte authentique (55). De plus, la définition fonctionnelle de la signature est intégrée dans l'article 1322 du Code civil relatif uniquement aux actes sous seing privé. Enfin, cette interprétation est confirmée par les mots « pour l'application du présent article », qui semblent d'ailleurs restreindre considé-

ablement la portée de cette définition. Il en résulte que tant que le législateur belge n'aura pas modifié clairement les règles relatives à l'acte authentique, comme l'a fait le législateur français, celui-ci ne pourra pas être électronique.

Pour ce qui est de l'article 4, § 4, notons qu'au-delà de la présomption réfragable qu'il crée, cet article reconnaît expressément la signature des personnes morales. Cela signifie qu'un document électronique, dont la signature électronique avancée est combinée à un certificat qualifié émis au nom d'une personne morale (56), doit être considéré comme un acte sous seing privé et permettre de faire preuve au même titre qu'un écrit signé par une personne physique. De plus, au-delà des problèmes de preuve, on pourrait en déduire que les personnes morales peuvent valablement conclure des contrats *via* les messages électroniques signés par elles.

Du point de vue des conséquences juridiques, il paraît logique de reconnaître la signature des personnes morales. Si elle n'existe pas matériellement, la personne morale existe juridiquement et, à ce titre, elle est apte à être titulaire de droits et obligations et est susceptible de voir son patrimoine engagé. Dès lors, on peut admettre qu'une personne morale, qui peut être identifiée et engagée juridiquement, puisse signer car la signature n'a d'autre but que de prouver la volonté du signataire d'être engagé.

Il est vrai que, jusqu'à présent, cette question ne s'était pas réellement posée dans le contexte papier, car la signature ne pouvait être que manuscrite. En pratique, une personne morale, qui n'a pas d'existence matérielle, pouvait difficilement signer manuscritement. Dans le monde électronique, par essence immatériel, il en va différemment. En effet, la signature ne se réduit plus à une marque apposée de manière manuscrite, mais peut désormais être réalisée au moyen d'une technique informatique qui peut être mise en œuvre aussi bien par une personne physique que par une personne morale (57).

3. — Absence de la définition de l'écrit

Le législateur belge, contrairement à son homologue français, n'a pas jugé utile de définir le concept d'écrit. L'exposé des motifs précise, en effet, que « Afin d'éviter de devoir introduire dans le Code civil un concept totalement nouveau tel que celui de *document* ou d'*information*, ce qui mettrait en péril la cohérence du Code, le projet ne touche pas au concept d'écrit ». Ce même exposé ajoute que « Cette notion n'a nulle part été définie expressément dans le Code civil, mais la jurisprudence et la doctrine s'accordent de plus en plus pour considérer qu'il convient de l'interpréter de façon large et qu'il ne faut pas considérer comme écrit le seul texte manuscrit ou imprimé sur un support papier » (58). Le législateur belge a ainsi joué la carte de la prudence en estimant que donner une définition de la preuve littérale ou par écrit constitue un exercice délicat qui pourrait susciter plus de difficultés qu'il n'en résout.

Si le législateur belge ne donne pas de définition formelle de l'écrit, il n'empêche que l'exposé des motifs nous éclaire sur la manière dont il faut interpréter cette notion, et cela en deux temps.

Dans un premier temps, le texte précise qu'il ne faut plus envisager l'écrit en fonction de son support : l'écrit ne se résume plus nécessairement à un texte rédigé sur support papier. « Même si la discussion s'est souvent focalisée sur la forme du support, il convient de l'élargir (la notion d'écrit) également à la nature de l'information ».

Dans un deuxième temps, et de manière plus contestable, l'exposé précise les trois qualités fonctionnelles qui caractérisent le document papier (inaltérabilité, lisibilité et stabilité) et en conclut que « dès lors

(52) Nous renvoyons le lecteur aux commentaires de la directive pour une critique de cette solution.

(53) D. Gobert et E. Montero, *D.A./O.R.*, *op. cit.*, p. 37.

(54) Sur l'importance du lien indissociable entre la signature et l'écrit électronique, voy. D. Gobert et E. Montero, *D.A./O.R.*, *op. cit.*, p. 37. Voy. aussi les commentaires sur la loi française (*supra*).

(55) Soulignons uniquement que l'exposé des motifs, en sa page 5 (doc. 0038/006 disponible sur le site de la Chambre des représentants : <http://www.la-chambre.be/documents/38/6.pdf>), indique, de manière extrêmement maladroite, que « L'authenticité de l'acte juridique est considérée comme un élément majeur, lorsqu'il s'agit d'apporter la preuve des obligations émanant d'un contrat. L'authenticité d'un contrat a pour objectif de démontrer avec certitude l'identité de celui qui s'est lié de façon contractuelle, la portée exacte de l'obligation ainsi que l'intégrité du contenu de celle-ci ». En utilisant le terme d'authenticité, le législateur n'a manifestement pas voulu faire référence à l'acte authentique, mais simplement aux qualités liées à l'acte en général, qu'il soit authentique ou sous seing privé.

(56) C'est-à-dire sans référence aucune à la personne physique qui met en œuvre la signature.

(57) Dans le cadre de cette étude, nous ne pouvons malheureusement approfondir cette question.

(58) En ce sens, M. Antoine et D. Gobert, *R.G.D.C.*, *op. cit.*, p. 291 et A. Prüm, *op. cit.*, p. 267.

qu'un document électronique présente ces trois caractéristiques, il doit se voir accorder le statut d'écrit au sens du Code civil ». Cette vision des choses est surprenante et, en agissant de la sorte, la loi belge fait entrer par la petite porte de l'exposé des motifs un risque de confusion qu'elle a prétendu conjurer en s'abstenant de définir la notion d'écrit dans un article du Code civil. En effet, l'analyse de ces trois fonctions montre que l'exposé des motifs confond le concept d'écrit avec celui d'acte (sous seing privé ou authentique) et semble faire peser sur l'écrit des fonctions qui relèvent classiquement de l'écrit signé et du support papier. Nous reviendrons dans la suite de cette contribution sur l'importance de ces distinctions conceptuelles et de leurs conséquences.

§ 2. — LA LOI LUXEMBOURGEOISE

Depuis août 2000, le Luxembourg dispose d'une loi sur le commerce électronique (59).

1. — Transposition de l'article 5 de la directive

Cette loi contient notamment un titre II sur la preuve et la signature électronique. Dans ce dernier, l'article 6 vise à introduire dans le Code civil une définition de la signature libellée comme suit :

« La signature nécessaire à la perfection d'un acte sous seing privé identifie celui qui l'appose et manifeste son adhésion au contenu de l'acte.

» Elle peut être manuscrite ou électronique.

» La signature électronique consiste en un ensemble de données, liées de façon indissociable à l'acte, qui en garantit l'intégrité et satisfait aux conditions posées à l'alinéa premier du présent article ».

La loi part du constat que l'admission de modes de preuve électronique et de nouvelles formes de signature à côté de la signature manuscrite passe nécessairement par une définition de la signature. Toutefois, le législateur luxembourgeois estime qu'il est préférable de ne lier cette définition ni au mode d'expression de la signature, ni à son support. Celle-ci doit plutôt être caractérisée par ses deux fonctions essentielles : l'identification du signataire et son adhésion au contenu de l'acte.

Ainsi, l'absence de toute référence aux possibles formes que la signature peut revêtir permet d'ouvrir le concept aux procédés d'authentification les plus divers offerts par les nouvelles technologies (signatures digitales, biométriques...). Elle évite aussi l'imprécision, et partant l'insécurité, inhérente à toute définition matérielle de la signature.

Le deuxième alinéa de l'article lève toute hésitation sur la recevabilité de la signature électronique. En ce qui concerne cette dernière, le texte entend répondre à un risque lié spécifiquement à sa dématérialisation, celui de voir l'acte auquel elle se rapporte modifié en dehors de tout consentement du signataire. Ainsi, la signature électronique n'est reconnue que si elle remplit la condition supplémentaire d'être liée de façon indissociable à l'acte et d'en garantir l'intégrité (60). Comme la loi française, le texte maintient donc la dichotomie entre la signature manuscrite et la signature électronique, et fait de la fonction d'intégrité une fonction propre à la signature électronique.

Cet article 6 doit être lu en combinaison avec l'article 18 qui traite des effets juridiques de la signature électronique :

« § 1^{er}. — Sans préjudice des articles 1323 et suivants du Code civil, une signature électronique créée par un dispositif sécurisé de création de signature que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif et

qui repose sur un certificat qualifié, constitue une signature au sens de l'article 1322-1 du Code civil.

» § 2. — Une signature électronique ne peut être rejetée par le juge au seul motif qu'elle se présente sous forme électronique, qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de certification, ou qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature ».

Cette disposition s'inspire essentiellement de l'article 5 de la directive sur les signatures électroniques. Ces deux paragraphes consacrent respectivement la clause d'assimilation et celle de non-discrimination au sens de la directive. Nous renvoyons donc le lecteur aux commentaires et critiques déjà formulés (cf. *supra*).

Notons enfin que, contrairement au législateur français, le législateur luxembourgeois, à l'instar de son homologue belge, n'a pas jugé utile de définir la notion d'écrit, ni de reconnaître, à ce stade, le principe de l'acte authentique sous forme électronique.

2. — Une nouvelle conception de l'original?

Pour mémoire, mentionnons que l'article 7 propose, à l'instar de l'article 8 de la loi modèle de la C.N.U.D.C.I., une nouvelle notion de l'original :

« L'acte sous seing privé électronique vaut comme original lorsqu'il présente des garanties fiables quant au maintien de son intégrité à compter du moment où il a été créé pour la première fois sous sa forme définitive ».

Cette vision de la notion d'original est surprenante et paraît contestable. Nous aurons l'occasion d'y revenir ultérieurement.

2001

121

CHAPITRE II

LE RÉGIME DE LA PREUVE LITTÉRALE À L'HEURE DU NUMÉRIQUE

Les règles de la preuve littérale ont été pensées et façonnées dans un contexte papier. Leur transposition à l'univers numérique invite naturellement à les évaluer avec un regard quelque peu différent. Avant de procéder à cette évaluation proprement dite (sect. 3), il nous paraît utile de clarifier les principales notions inhérentes à la preuve littérale (sect. 1), et en particulier celle d'écrit (sect. 2).

Section 1

La preuve littérale : mise en ordre des concepts

Cette section a pour objet de présenter brièvement la notion de preuve littérale et d'en préciser le domaine, en tâchant de mettre de l'ordre dans les concepts : écrit, titre, acte, acte authentique, acte sous seing privé, « original », commencement de preuve par écrit, copie...

1. — La diversité des preuves littérales

L'expression « preuve littérale » désigne, en principe, toute forme de preuve par écrit. Toutefois, le plus souvent, seuls sont visés sous cette appellation les écrits signés, à savoir principalement les actes authentiques et les actes sous seing privé (auxquels il faut assimiler les lettres missives signées (61) et, demain, les *e-mails* pourvus d'une signature électronique). Ces écrits sont rédigés et signés *ad probationem* aux fins

(59) Loi luxembourgeoise du 14 août 2000 relative au commerce électronique modifiant le Code civil, le nouveau Code de procédure civile, le Code de commerce, le Code pénal et transposant la directive 1999/93 relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques, la directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, certaines dispositions de la directive 97/7/C.E.E. concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers, *Mémorial*, 8 sept. 2000, p. 2176.

(60) Sur la fonction d'intégrité, voy. D. Gobert et E. Montero, *op. cit.*, pp. 23-24.

(61) R. Mougenot, *La preuve*, tiré à part du *Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, p. 127, n° 79.

de préconstitution. Il s'agit de preuves complètes en ce sens qu'elles se suffisent à elles-mêmes pour être pleinement efficaces. À l'inverse, les commencements de preuve par écrit et les copies, qui sont aussi des écrits, doivent être complétés par d'autres éléments pour bénéficier d'une force probante.

Comme l'on sait, le législateur a institué une hiérarchie au sein de la preuve littérale. Au sommet de l'échelle trône l'acte authentique. Dans le domaine qui nous occupe — celui de la preuve des actes privés — les actes authentiques sont ceux établis par les notaires (62). Ceux-ci sont des tiers indépendants, institués en officiers publics et investis d'une mission de confiance et de médiation sociale. Le législateur leur délègue le droit de conférer l'authenticité aux actes qu'ils reçoivent ou dressent conformément aux formalités requises. Il s'ensuit que des effets particulièrement énergiques sont attachés à l'acte authentique : il constitue un titre exécutoire (63), et surtout il bénéficie d'une force probante exceptionnelle, en ce sens qu'il fait foi par lui-même (*i.e.* les énonciations qu'il contient ne peuvent être contestées) jusqu'à inscription de faux (64).

À l'inverse, l'acte sous seing privé, lui, est établi et signé par de simples particuliers, sans l'intervention d'un officier public. Il constitue une preuve complète sans qu'aucune formalité ne soit requise. Par contre, il peut être prouvé assez aisément contre la convention qu'il contient : cette preuve contraire peut être administrée soit au moyen d'un autre écrit, soit par aveu ou serment, mais jamais par témoignages ou par présomptions (*cf.* art. 1341, C. civ.).

La notion d'original désigne tout acte — authentique ou sous seing privé — pourvu qu'il soit signé. Encore faut-il que la signature soit tracée directement sur l'écrit. Dans le cas contraire, l'on a affaire à une copie. Ainsi, la signature portée sur un écrit moyennant l'interposition d'un papier carbone constitue cet écrit en simple copie. La même analyse prévaut, comme on sait, pour la photocopie ou la télécopie. Par contre, l'apposition d'une signature manuscrite sur la photocopie d'un original permet à celle-ci d'acquiescer la qualité d'original.

Enfin, au niveau des notions premières, on trouve les vocables écrit, titre ou acte, qui sont d'ordinaire utilisés indistinctement pour désigner le document papier rédigé *ad probationem*.

S'il est commode, cet amalgame ne prête pas moins, dans certains cas, à de fâcheuses confusions. En effet, le terme acte revêt une double signification. Il peut faire référence à l'accord des volontés (le *negotium*) ou à l'écrit rédigé pour faire preuve de l'accord (l'*instrumentum*). Cette distinction est généralement bien maîtrisée. Mais on se rappellera qu'un écrit peut être exigé tantôt *ad solemnitatem*, et conditionne alors la validité du *negotium*, tantôt seulement *ad probationem*. Dans le premier cas, « la règle de preuve est, en quelque sorte, absorbée par la règle de forme » (65). Cette remarque est capitale à l'heure où l'on entend élargir la preuve littérale aux écrits sous forme électronique. Les hypothèses où le législateur exige un écrit (papier?) en dehors de toute préoccupation proprement probatoire sont légion. Par conséquent, une réflexion d'ensemble sur le formalisme légal s'avère nécessaire sous peine de compromettre, quant à sa portée pratique, la réforme envisagée du droit de la preuve. Le terme « titre » est synonyme de l'acte pris dans le second sens indiqué : en principe, il est utilisé seulement dans le registre de la preuve. Ceci ne pose pas problème.

(62) Par ailleurs, revêtent en eux-mêmes un caractère d'authenticité tous les actes émanant de l'autorité publique, tels les actes du pouvoir législatif (lois, décrets...), les actes du pouvoir exécutif (arrêtés royaux ou ministériels...), les actes de l'état civil, les registres de la conservation des hypothèques, les jugements et arrêts, les exploits des huissiers, les actes notariés, etc.

(63) À ce sujet, l'exposé fouillé de E. Leroy, « De la force exécutoire des actes notariés : principes, limites et perspectives », in *Authenticité et informatique - Authenticiteit en informatica*, Bruxelles, Kluwer-Bruylant, 2000, pp. 77-202.

(64) Pour plus de nuances, M. Renard-Decclairfayt, « La force probante des actes notariés », *Rép. not.*, t. XI, 1. VI/1, Bruxelles, Larcier, 1983; R. Mougenot, *op. cit.*, pp. 136-139.

(65) R. Mougenot, *op. cit.*, p. 128, n° 81.

Quant à l'écrit, force est de constater que, sous la plume de maints auteurs (*cf. infra*, sect. 2, pt 2, et *réf.*), il se confond à l'acte sous seing privé. On lui cherche dès lors des qualités fonctionnelles (lisibilité, inaltérabilité, stabilité) qui le rendent apte à servir au plan probatoire, alors qu'elles n'appartiennent aucunement à l'essence de la notion. En réalité, certaines de ces qualités sont inhérentes, non à l'écrit, mais au papier, qui était le support traditionnel de l'écrit. *La juste attribution des fonctions remplies respectivement par le papier, l'écrit, voire la signature, constitue l'un des points névralgiques de toute réflexion sur l'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies.* Ce débat est loin d'être anodin au moment où l'on cherche à penser l'équivalence entre l'écriture sur papier et l'écriture électronique. Il nous faudra y revenir au cours des développements ultérieurs.

2. — Vers une balkanisation de l'authenticité?

On a vu qu'aux termes de l'article 2, 1 de la directive européenne du 13 décembre 1999, la signature électronique est appelée à servir de « méthode d'authentification ». Par ailleurs, semblable signature se voit reconnaître la même force probante qu'une signature manuscrite, pourvu qu'elle soit « avancée », repose sur un certificat qualifié délivré par un P.S.C. et est créée par un dispositif sécurisé de création de signature (*cf. supra*). Or, jusqu'ici, les notaires détenaient le (quasi-)monopole de l'authenticité (66). S'oriente-t-on dès lors vers un éclatement de la mission d'authentification? Celle-ci sera-t-elle partagée, demain, entre les notaires, d'une part, et une diversité d'autorités de certification (appelées encore, très significativement, tiers de confiance ou tiers certificateurs), d'autre part? À moins de penser qu'à terme, ces derniers se substitueront purement et simplement aux premiers? Le statut d'exception dont bénéficient les notaires pourra-t-il se justifier longtemps, dès lors que d'autres exerceraient les mêmes fonctions sans jouir d'un statut aussi privilégié?

En réalité, le régime de l'authentification notariale est intimement lié à diverses garanties particulières qui, à ce jour, distinguent nettement cette dernière du service fourni par les autorités de certification (67).

Dans le cas du notaire, la fonction de conseil apparaît consubstantielle à sa fonction d'authentification. Le formalisme légal de l'acte authentique est guidé, fondamentalement, par un souci de protection du consentement des parties dès lors qu'elles s'apprentent à contracter des engagements jugés importants, tels le mariage, l'achat-vente d'un bien immobilier ou la donation.

Le rôle du notaire est d'assurer la qualité du consentement des parties et de certifier ce consentement. Il est aussi d'assurer la correction de l'acte, à tous points de vue, de manière à prévenir des litiges. Pratiquement, le notaire veille à ce que les parties mesurent adéquatement l'étendue des obligations qu'elles contractent. Il les aide dans la rédaction soignée de leurs volontés. Il veille aussi à ce que l'acte projeté réponde aux exigences d'un accord équilibré. Si tel n'est pas le cas, il se doit d'attirer l'attention des parties. Ce devoir relève de sa mission de confiance et de médiateur social. Un des aspects de son ministère légal est effectivement d'assurer le maintien de la paix sociale et d'empêcher la naissance de différends à propos d'actes privés. Aussi s'emploiera-t-il à écarter les clauses équivoques et susceptibles de donner lieu à une action en nullité ou en rescision, bref à débusquer tous les « nids à procès ». À cet effet, il informera au mieux les parties sur les aspects juridiques de l'opération, et notamment sur le droit impératif applicable. Au-delà du renseignement *stricto sensu*, la mission de conseil du notaire le conduit à indiquer aux parties la voie la meilleure, parmi une diversité de solutions juridiques. L'authentification notariale porte,

(66) Comme le précise J.-F. Taymans (référence à la note suivante), ce monopole n'est pas absolu et il subsiste à certains égards quelques controverses.

(67) À ce sujet, voy. l'exposé éclairant de J.-F. Taymans, « Recueillir et authentifier le consentement : l'expérience notariale confrontée à la certification électronique », in *Le consentement électronique*, Collection Droit et consommation, n° 40, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 347-362.

en définitive, sur le contenu de l'acte et sur la réalité de l'adhésion des parties à celui-ci sur la base d'un consentement libre et éclairé.

Bien différente est l'authentification électronique *qui porte seulement sur la signature*. Les tiers certificateurs — appelés parfois, maladroitement, « notaires électroniques » — se bornent, d'une part, à vérifier l'identité des titulaires de clé publique et, d'autre part, à créer et délivrer des certificats (soit des structures de données signées digitalement et destinées à faire le lien entre les personnes et leur clé publique). Il leur revient, sans plus, d'attester que les clés émises sont authentiques — c'est-à-dire qu'elles ont été créées dans le respect des conditions fixées à leur création et ont été attribuées à des personnes reconnues — et d'assurer la publicité des clés publiques. Les prestataires de service de certification n'authentifient jamais le contenu des conventions. Cette circonstance, jointe à la qualité du tiers (officier public ou non), marque la différence essentielle entre l'authentification notariale et la certification électronique.

La situation pourrait certes évoluer. Les tiers certificateurs pourraient s'investir sur le terrain de l'authentification du contenu des conventions. A cet égard, il faudra réévaluer la nécessité de chacune des solennités requises pour qu'un acte soit authentique. Ainsi, qu'en est-il de la présence physique et simultanée des parties (ou de leurs mandataires) et du notaire, en son étude? Cette exigence, assortie de l'obligation de procéder à la lecture et au commentaire des mentions essentielles de l'acte (ainsi que des modifications apportées au projet d'acte communiqué préalablement) sont-elles inhérentes à la fonction d'authentification (68)? Sans doute serait-ce un recul de vouloir se passer, pour certains actes graves, de l'acte notarié en présence physique des parties et du notaire. Mais on imagine que, pour d'autres types d'actes, le notaire puisse s'acquitter à distance, par un biais électronique, des devoirs dont il est investi (conseil, vérification des signatures...). Un nouveau formalisme devra être envisagé qui prenne acte des spécificités de l'environnement numérique. On songe à l'adoption de procédures et de dispositifs de sécurité sans lesquels seraient mises à mal les garanties propres à l'acte authentique traditionnel, lesquelles expliquent et justifient ses effets si appréciables.

La directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique exclut prudemment de son domaine d'application « les activités des notaires ou les professions équivalentes, dans la mesure où elles comportent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique » (art. 1, 5, d) (69). Une autre disposition suggère toutefois, de façon implicite mais non moins certaine, que l'on ne pourra faire longtemps l'économie d'une réflexion en profondeur sur le rôle et les missions du notariat. Articulé en trois points, l'article 9 prévoit successivement : 1^o la suppression de toutes les exigences de forme (70) qui constituent des obstacles à la conclusion de contrats via les réseaux (art. 9, 1), 2^o une exception en faveur de certaines catégories de contrats, parmi lesquelles ceux qui requièrent l'intervention des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique (art. 9, 2), 3^o l'obligation pour les Etats de soumettre tous les cinq ans un rapport à la Commission européenne *en justifiant le maintien de ces exceptions* (art. 9, 3). En conclusion, si l'authentification notariale ne se confond pas avec la certification électronique, il est clair néanmoins que la première risque d'évoluer — sinon en sa substance, du moins en ses modalités — tout en maintenant ses garanties propres, qui la distinguent de la seconde.

(68) Voy. l'article 12 de la loi du 25 ventôse an XI telle que modifiée et complétée par deux lois du 4 mai 1999, *M.B.*, 1^{er} oct. 1999, pp. 37132 et s. Pour un commentaire de l'article 12 (nouvelle rédaction), voy. J.-F. Ledoux et D. Sterckx, « La réforme du notariat et des actes notariés », *J.T.*, 2000, pp. 209 et s., spéc. pp. 221-222.

(69) Directive 2000/31/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.*, n^o L 178/1, 17 juill. 2000.

(70) Ou la prise en charge de leur fonction par des équivalents électroniques.

La notion d'écrit, du papier à l'électronique

L'adaptation du droit de la preuve aux technologies modernes de l'information peut emprunter diverses voies, ainsi que nous l'avons déjà exposé dans une précédente publication : les voies conventionnelle, législative et interprétative (71). Parmi celles-ci, la dernière citée s'est très tôt imposée dans la mesure où il est apparu que le Code civil ménageait d'ores et déjà une large place aux preuves informatiques pourvu que les notions d'écrit et de signature — dont on a pu souligner « l'imprécision ou ouverture providentielle » (72) — soient correctement interprétées. Pour l'essentiel, deux points de vue ont été exprimés par les partisans de la voie interprétative.

En un premier temps, il s'est trouvé des auteurs et des législateurs pour prôner et consacrer l'admission des moyens électroniques de preuve par le biais des exceptions au principe de la prééminence de l'écrit signé (73). Aujourd'hui, cette timide approche paraît bel et bien révolue. L'heure est venue pour l'écrit sous forme électronique de faire son entrée dans le Code civil, non par la petite porte des articles 1347 ou 1348 retouchés ou encore de cette autre « demi-preuve » qu'est la copie, mais par la grande porte de la preuve littérale. Sur ce point, un consensus semble se dégager en doctrine. Admettre le document électronique au titre des dérogations autorisées aux exigences de l'article 1341 reviendrait à « sous-qualifier l'écriture électronique » et, ainsi, à lui « barrer l'avenir » (74).

On s'accorde sur la nécessité de traiter le titre électronique comme une des formes de la preuve littérale ou par écrit et de lui reconnaître donc, comme à cette dernière, pleine et entière force probante, à certaines conditions fixées dans la loi. Ce second point de vue s'inscrit également dans la voie interprétative, mais privilégie une approche dite « fonctionnelle », désormais bien connue, et dont on sait combien elle a séduit et rallié une grande majorité d'auteurs et de législateurs, à l'échelon national et international. Pour rappel, en bref, pareille approche s'oppose à une interprétation stricte ou formaliste des notions d'écrit et de signature, qui reste attachée à des caractéristiques jugées essentielles dans un contexte papier, telles que progressivement dégagées par la doctrine et la jurisprudence. La suggestion, formulée par divers auteurs dès la fin des années 1980, d'interpréter largement les notions d'écrit et de signature de manière à y faire entrer certaines preuves informatiques, s'autorisait de l'absence de définition légale de ces notions (75).

Plus précisément, l'accent est mis sur les fonctions dévolues à ces notions, plutôt que sur leurs conditions définies dans un contexte historique où dominait le papier comme support des actes juridiques. Ainsi constituerait un acte sous seing privé, et bénéficierait dès lors, en principe, de la force probante attachée à ce type d'acte, l'écrit sous forme électronique qui remplit les *fonctions* traditionnellement dévolues à l'écrit papier signé manuscritement.

Aussi est-on amené à reconsidérer la notion d'écrit, en s'interrogeant sur sa nature profonde et sur l'opportunité d'en donner une définition légale (76).

(71) D. Gobert et E. Montero, *op. cit.*, pp. 17 et s.

(72) X. Thunis, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, Namur, P.U.N., 1996, p. 228, n^o 160.

(73) Cf. les réformes législatives intervenues en France (L. 12 juill. 1980) et au Luxembourg (L. 22 déc. 1986).

(74) G.I.P. Droit et justice, « L'introduction de la preuve électronique dans le Code civil », *J.C.P.*, G, 1999, I, 182, p. 2070.

(75) Cf. surtout M. Fontaine, étude précitée; J. Larrieu, étude précitée.

(76) A cet égard, notre réflexion a été menée en parallèle à celle conduite par Dominique Mougenot, avec qui nous avons eu de stimulants échanges. Aussi nous référerons nous, en particulier, à son excellente étude publiée récemment dans la revue *Ubiquité*, et dont nous partageons largement les conclusions; nous veillerons aussi, naturellement, à indiquer nos propres nuances par rapport à ses positions. Qu'il trouve ici l'expression de notre gratitude pour les fructueuses discussions.

1. — L'étroitesse de la définition classique de l'écrit

Il est remarquable que l'écrit n'ait jamais fait l'objet d'une définition légale, ni dans le Code civil, ni dans aucune loi particulière. Seule la doctrine s'est risquée à définir la notion. Ainsi peut-on lire, sous la plume de R. Mougenot, la définition suivante : « l'écrit est la représentation lisible du langage ou de la pensée au moyen de graphismes » (77). Si elle prétend faire référence à la notion classique de l'écrit, cette excellente définition n'en intègre pas moins, apparemment, une certaine ouverture à l'écriture électronique. En effet, elle fait fi de toute référence à un support spécifique et les termes choisis sont relativement larges.

Et cependant, l'exigence de lisibilité et l'utilisation du vocable « graphisme » indiquent qu'elle n'est pas pensée « sur mesure » pour l'environnement numérique, comme l'admet du reste son auteur. Il semble effectivement que les documents figurant sur les supports magnétiques ou optiques s'accommodent difficilement de cette définition : ils ne sont pas lisibles (du moins pas directement, mais par le biais d'un dispositif approprié) et l'écriture numérique ne saurait être assimilée à des graphismes, sauf à violenter le sens des mots (78).

Mais dans quel sens faut-il donc revoir la définition de l'écrit de manière à pouvoir y faire entrer le document informatique? On ne saurait apporter de réponse satisfaisante à cette question sans s'interroger sur l'essence de l'écriture. Il convient d'épurer la définition des éléments non essentiels à la notion et de mettre à jour le cœur de celle-ci.

2. — L'essence de l'écriture

2001

124

C'est ici que la méthode dite « des équivalents fonctionnels » va démontrer son utilité, pourvu qu'elle soit maniée avec rigueur.

En réalité, pareille méthode ne conduit pas à figer l'écrit dans une définition, mais s'attache plutôt à en identifier les fonctions essentielles. Il en résulte que pourra être assimilé à un écrit tout document qui remplit de manière satisfaisante ces fonctions. Le défi, on l'aura compris, est de retenir les fonctions strictement indispensables à la notion ou, en d'autres termes, d'écarter celles qui, n'appartenant pas à son essence, la contracteraient indûment.

Il ressort des travaux de la C.N.U.D.C.I. — dont on sait qu'ils ont exercé une influence considérable sur la doctrine — que les fonctions de l'écrit seraient au nombre de trois : l'inaltérabilité, la lisibilité et la stabilité.

Nombre d'auteurs se rallient à cette analyse (79). A la suite de la Cour de cassation de France, le législateur de ce pays ajoute une quatrième fonction à l'écrit : « l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné » (80) ou, dans le même sens, mais en des termes légèrement différents, « l'identification de la personne dont il émane » (81).

Avant d'évaluer chacune des fonctions identifiées, il s'impose d'observer que la forme du support n'entre jamais en ligne de compte. L'unanimité s'est faite aujourd'hui pour convenir que la notion d'écrit n'est liée à aucun support en particulier. Le législateur français a consacré cette thèse, en creux, dans l'article 1316 (nouveau) du Code civil, et expressément dans l'article 1316-2.

Examinons à présent, tour à tour, les différentes fonctions énoncées.

(77) R. Mougenot, *La preuve*, op. cit., p. 127, n° 79.

(78) Rapp. D. Mougenot, « Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil? », in *Ubiquité*, 2000/7, pp. 121-128, n° 1, et la référence à l'intéressant commentaire de H. Croze.

(79) *Ibidem*, n° 4 et les réf. citées.

(80) Cass. fr. (com.), 2 décembre 1997, *J.C.P.*, G, 1998, II, 10097, p. 1105, note L. Grynbaum; *J.C.P.*, E, 1998, p. 178, note T. Borneau; *J.C.P.*, G, 1998, Aperçu rapide par P. Catala et P.-Y. Gautier.

(81) Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, *J.O.*, 14 mars 2000, art. 1^{er}, III, introduisant dans le Code civil le nouvel article 1316-1.

Qu'en est-il tout d'abord de la *lisibilité*? L'écriture sur support papier satisfait sans nul doute à l'exigence de lisibilité. Il est « directement » lisible. Encore faut-il néanmoins que la langue utilisée soit connue par les intéressés. Dans le cas contraire, ceux-ci auront recours à un traducteur, ce qui porte à admettre que le document informatique (codé en langage binaire inaccessible à la compréhension humaine) est, lui aussi, lisible, si pas directement, en tout cas à l'aide d'un dispositif de lecture approprié permettant sa restitution sous une forme compréhensible pour l'homme. Il faut bien entendu que le document informatique ait été créé à l'aide d'outils informatiques encore disponibles, et puisse être transformé « en clair » dans l'hypothèse où il aurait été chiffré. Directement ou indirectement, il importe en tout cas que l'écrit soit lisible et intelligible, au moins pendant un temps raisonnable. A l'inverse, on ne saurait qualifier d'écrit des signes quelconques indéchiffrables et privés de toute portée signifiante. Du moins, pareille qualification ne servirait à rien, fût-elle renforcée par d'autres éléments de preuve (présomptions, témoignages...).

Quant à l'exigence de *stabilité*, il est clair que le support papier la remplit également. Une fois fixée sur le papier, l'écriture est normalement durable et stable, le papier se dégradant peu. Encore qu'ici aussi l'on pourrait ergoter. D'une part, on peut le détruire, d'autre part, certains types de papier, tel le papier thermique de la télécopie, ne résistent pas dans le long terme. S'il est vrai que le phénomène d'obsolescence des supports informatiques est encore mal maîtrisé, on peut admettre qu'un document sur support magnétique est susceptible de subsister pendant un temps suffisant pour remplir le rôle qu'on en attend (82).

La fonction d'*inaltérabilité* est plus problématique. Elle suppose que l'écrit ne puisse être modifié par les parties ou par des tiers. Le support papier rend malaisées les altérations de l'écriture, les fraudes (biffures, ratures, adjonctions...) étant généralement décelables au premier coup d'œil. Par contre, sauf à être protégé, un fichier informatique peut être facilement modifié. Néanmoins, toute modification laisse des traces informatiques (par ex., modification de la date et de l'heure du fichier). De plus, il est aujourd'hui possible de rencontrer cette difficulté grâce à l'utilisation d'une signature numérique, fondée sur un cryptosystème éprouvé, de manière à préserver l'intégrité du document (contre les manipulations). A ce propos, nous avons déjà eu l'occasion de relever que le maintien de l'intégrité du contenu d'un acte est une fonction nouvelle de la signature numérique, dont la doctrine classique consacrée à la signature manuscrite ne soufflait mot. En effet, cette fonction était traditionnellement assurée, non au moyen de la signature, mais par le biais du support papier sur lequel elle figurait nécessairement. Les qualités fonctionnelles du *papier* — son inaltérabilité et sa stabilité — expliquent qu'il ait été placé au sommet dans la hiérarchie des modes de preuve. Le contenu étant, pour ainsi dire, matériellement indissociable du support, ce dernier permet d'assurer l'intangibilité et la non-répudiation du contenu. Dans l'environnement numérique, cette fonction se déplace du support vers le contenu (83), et elle est assurée par le biais de la signature (numérique) (84).

Il reste que cela ne résout pas le problème des documents informatiques non pourvus d'une telle signature. Cependant, nous nous rangeons à l'avis des auteurs de la loi type de la C.N.U.D.C.I. pour estimer que cette condition d'inaltérabilité n'est pas de l'essence de l'écrit, à telle enseigne que des documents écrits au crayon ont pu être tenus pour des « écrits » par certaines juridictions (85). Ainsi, une ancienne décision de la Cour royale d'Aix, du 27 janvier 1846, a reconnu la validité d'un

(82) Pour un commentaire plus fouillé, voy. D. Mougenot, op. cit., *Ubiquité*, n° 4 et s., et notamment la référence à l'article 6 de la loi type de la C.N.U.D.C.I. où il est question de « l'accessibilité » des données.

(83) A défaut d'une sécurité au niveau de la structure des réseaux, ouverts en particulier, il s'agit d'assurer avant tout la sécurisation des contenus échangés.

(84) Pour une explication plus détaillée, voy. D. Gobert et E. Montero, op. cit., pp. 23-24, n° 22 et s.

(85) Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type sur le commerce électronique, disponible sur l'internet (www.uncitral.org/fr-index.htm). Cette opinion est approuvée aussi par D. Mougenot, op. cit., *Ubiquité*, n° 9.

testament olographe rédigé et signé au crayon, dès lors qu'il est certain que l'écriture et la signature sont bien de la main du testateur, et que « la loi n'a spécifié ni l'instrument ni la matière avec lesquels les caractères seraient tracés » (86). Au passage, l'arrêt avait pris soin de noter que « le mot écrire doit être entendu dans le sens le plus large, c'est-à-dire de tracer à la main des lettres et termes qui expriment la pensée et la volonté, de quelque manière que ces lettres soient tracées ». Cette observation reste évidemment tributaire, dans son libellé, d'un contexte où seul le papier était envisagé comme support des actes juridiques. Elle n'en est pas moins intéressante en ce qu'elle privilégie une conception extensive de l'écrit. Cette analyse a été confirmée dans un arrêt récent de la Cour de cassation française (87).

Nous pensons également que l'inaltérabilité, c'est-à-dire l'impossibilité de modifier le contenu, ne relève pas de l'essence de l'écriture *en tant que telle*, même s'il est incontestable qu'elle joue un rôle non négligeable sur le plan de l'efficacité probatoire de l'écrit. Il faut le redire : si l'écrit classique semble remplir cette fonction, ce n'est pas parce que celle-ci est inhérente à sa nature propre, mais en raison des caractéristiques du support papier.

En réalité, il n'a jamais été question que l'écrit, en lui-même, puisse faire preuve et emporter la conviction du juge. L'expression « preuve littérale », ou preuve par écrit, ne devrait pas faire illusion à cet égard. Seuls l'écrit authentique ou l'écrit signé ou, à certaines conditions, le commencement de preuve par écrit ou encore la copie d'un écrit signé, se voient reconnaître une certaine valeur probatoire. En toute hypothèse, l'écrit doit toujours présenter l'une ou l'autre qualité *additionnelle* pour qu'une force probante particulière lui soit attachée. Ces qualités ne relèvent donc pas de l'essence de l'écrit, mais elles sont requises à titre complémentaire pour qu'il puisse valoir comme preuve. Ainsi, l'écrit, à lui seul, ne suffit même pas à constituer le « commencement de preuve par écrit ». Encore faut-il, outre la présentation d'un écrit, que cette preuve incomplète satisfasse à diverses conditions : 1° émaner de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente; 2° rendre vraisemblable le fait allégué (art. 1347, C. civ.), sans compter que, d'ordinaire, ce début de preuve devra encore être complété par témoignages ou présomptions. Autre chose est de définir l'écrit, autre chose est de déterminer les conditions de son élévation au rang de preuve littérale.

En substance, la notion d'écrit, telle qu'utilisée en droit de la preuve, doit se comprendre de la manière la plus large, au sens de la langue courante en définitive. La notion ne requiert, ni plus ni moins, qu'un ensemble de lettres, de caractères ou de signes présentant une signification intelligible (88). Ainsi, constituent sans nul doute des écrits, le texte d'une carte postale, une notice de médicament, les règles d'un jeu de société, le mode d'emploi d'un appareil électroménager, une phrase gravée dans le marbre ou inscrite sur un T-shirt... Bien différente est la question de la portée de tels écrits et, singulièrement, de leur efficacité sur le terrain du droit de la preuve... Où est alors l'intérêt de la discussion? Celui-ci apparaîtra plus clairement lorsqu'il s'agira de réfléchir à l'opportunité et aux termes d'une éventuelle définition de l'écrit.

Avant de tirer les conclusions de ces derniers développements, il reste à s'interroger sur la fonction d'*identification* de l'écrit. Sans doute cette exigence est-elle utile, voire indispensable, pour que l'écrit puisse jouer un rôle au niveau probatoire. Néanmoins, l'identification ne nous paraît pas relever de l'essence de l'écrit; elle est plutôt la fonction première de

la signature. L'écrit papier ne satisfait d'ailleurs pas nécessairement à cette exigence; à défaut d'avoir été signé ou, au moins, de comporter une mention du nom de son auteur, il ne permet pas d'identifier ce dernier (89).

L'ensemble du propos nous porte à retenir une conception extensive de l'écrit, à l'instar de celle prônée par M. Fontaine et J. Larrieu. La clairovoyance de ces auteurs mérite d'être saluée puisque, en 1987 déjà, ils proposaient de définir l'écrit respectivement comme « l'expression du langage sous la forme de signes apposés sur un support » ou « l'expression de la parole ou de la pensée par des signes ». Ainsi, ni l'inaltérabilité, ni la nature du support, ni l'identification, ne sont essentielles à l'écrit, comme est évacuée aussi la référence à des graphismes; il suffit de signes intelligibles, quel que soit leur support.

3. — *Faut-il définir légalement l'écrit? Où et comment?*

Le sort réservé à certains documents issus de l'informatique dépend évidemment du concept d'écrit qui est retenu. A cet égard, hésitations et discussions restent possibles. Selon que l'on intègre ou non la fonction d'inaltérabilité, un *e-mail* non signé, dont la teneur peut être aisément modifiée, ne sera pas tenu pour un écrit — même dans le cadre du commencement de preuve par écrit — ou le sera au contraire. Aussi, pour éviter des débats sans fin et une relative insécurité juridique, il convient que le législateur tranche en inscrivant dans la loi une définition de l'écrit. Mais où et comment?

D. Mougenot suggère d'introduire dans le Code civil une définition de l'écrit semblable à celles, extensives, données par les auteurs cités. Formulée ainsi, sans autre précision, cette proposition nous semble prématurée et quelque peu hasardeuse. En effet, il ne faudrait pas perdre de vue qu'une définition générale de l'écrit serait, en principe, susceptible de couvrir non seulement l'écrit exigé *ad probationem*, mais également l'écrit *ad validitatem* ou *ad solemnitatem*. Or, si l'écrit sous forme électronique est reconnu là où un écrit est exigé *ad probationem*, on ne peut supposer, sans un examen attentif préalable, qu'il satisfait aussi, de soi, aux fonctions qu'on en attend là où un écrit est requis *ad validitatem*. Le législateur français s'est montré prudent à cet égard, en adoptant une définition implicite de l'écrit, à travers le prisme de la preuve. On objectera que l'insertion d'une définition de l'écrit dans un titre relatif à la preuve devrait suffire à en limiter la portée au domaine probatoire. Mais l'argument pourrait ne pas être entendu par tous. En témoigne l'opinion de plusieurs auteurs français, estimant — nonobstant la précaution de la loi française — qu'en toute hypothèse, la condition de l'écrit est remplie dès lors que le document électronique vient précisément d'être investi de cette qualité par la loi (90).

Au demeurant, les hypothèses où un écrit est exigé à des fins autres que probatoires sont particulièrement nombreuses et nullement marginales : nombre de contrats spéciaux conclus avec les consommateurs (91), les contrats d'assurance (92), les contrats de travail conclus pour une durée déterminée (93), les contrats de vente d'immeubles (94), etc. Ce constat appelle un double commentaire. Premièrement, la portée et l'intérêt de la réforme du droit de la preuve, concrètement l'admission de l'écrit sous forme électronique, demeure relativement limitée tant que l'écrit

(89) En ce sens, E. Caprioli, « Écrit et preuve électroniques », *op. cit.*, p. 7, n° 22; A. Prüm, « L'acte sous seing privé électronique : réflexions sur une démarche de reconnaissance », *op. cit.*, p. 265; D. Mougenot, *op. cit.*, *Ubiquité*, n° 6.

(90) Cf. les études de A. Raynouard et de F.-G. Trebulle citées par P.-Y. Gautier et X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p. 1115, n° 4, en note 7.

(91) Cf. l'article 17 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation; l'article 88 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur telle que modifiée et complétée par diverses lois récentes; l'article 6 de la loi du 9 juillet 1957 sur les ventes à tempérament.

(92) Cf. l'article 4 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.

(93) Cf. l'article 9 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail.

(94) Cf. notamment l'article 7 de la loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitation et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction.

(86) Aix, 1^{re} ch., 27 janv. 1846, S., 1848, p. 30.

(87) Cass. fr., comm., 8 oct. 1996, *D. Affaires*, 1996, p. 1254; *R.T.D.civ.*, 1997, p. 137, obs. J. Mestre (« en statuant ainsi alors qu'aucun principe ni aucun texte ne prohibe l'usage du crayon dans la rédaction d'un acte sous seing privé (un acte de cautionnement, en l'espèce), la cour d'appel a violé les textes susvisés »).

(88) Comp. avec l'opinion exposée récemment par M. Antoine et Y. Pouillet, « Vers la confiance, ou comment assurer le développement du commerce électronique », *Authenticité et informatique - Authenticiteit en informatica*, Bruxelles, Kluwer-Bruylant, 2000, pp. 345 et s., spéc. p. 361.

papier reste requis à des fins étrangères aux exigences de l'article 1341 (protection du consentement, sécurité des tiers...). Secondement, il est clair que le formalisme papier ne pourra se maintenir longtemps, dès lors que l'article 9 de la récente directive européenne sur le commerce électronique prohibe aux Etats membres de faire obstacle à la pleine validité des contrats par voie électronique. Notre conclusion est qu'il convient d'attendre l'aboutissement des travaux relatifs à la mise en œuvre de cet article 9 avant de proposer l'insertion dans le Code civil d'une définition de l'écrit.

Section 3

L'élargissement du régime de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique

1. — *Le règlement des conflits de preuve*

Au sein de la preuve littérale, l'acte authentique a une force probante supérieure à celle de l'acte sous seing privé, ce dernier l'emportant, à son tour, sur le commencement de preuve par écrit. Dès lors que l'écrit sous forme électronique se voit accorder une valeur probante de principe, à l'instar de celle reconnue à l'écrit sur support papier, il faut envisager des conflits de preuve d'un type nouveau. Ainsi, l'échange de messages électroniques doublé d'un échange de lettres missives peut être une source de difficultés, notamment, si un courrier postal tend, en son libellé, à invalider un message électronique contenant acceptation d'une offre. On devine que pareils conflits de preuve ne seront pas isolés.

A la suite de P. Catala, il est permis de distinguer deux questions : comment prouver, pratiquement, contre et outre l'écrit, signé, sous forme électronique? L'écrit (signé) sous forme électronique permet-il de prouver contre et outre un acte sous seing privé sur support papier (95)?

En ce qui concerne la première question, trois thèses fondamentales peuvent être envisagées. La première consisterait en l'autorisation de prouver contre et outre l'écrit sous forme électronique par toute voie de droit, ce qui reviendrait à réintroduire, au sein de la preuve littérale, une claire hiérarchie entre l'écrit papier et l'écrit sous forme électronique. La solution inverse serait d'assimiler complètement, du point de vue de leur force probante respective, l'écrit papier et l'écrit sous forme électronique, en sorte qu'on ne pourrait prouver contre et outre un écrit que par une preuve littérale, qu'elle qu'en soit la forme (papier ou numérique). A moins d'opter pour une voie moyenne, telle que celle proposée, en France, par le G.P.I. « Droit et Justice », un groupe d'universitaires chargé, par le ministère de la Justice, de réfléchir en profondeur à la réforme du droit de la preuve. Examinons les trois thèses de plus près.

La première thèse évoquée est celle qui a été retenue par le législateur québécois. Dans le nouveau Code civil entré en vigueur en 1994, il est prévu, en effet, qu'un document sur support informatique « fasse preuve du contenu de l'acte » (art. 2837) (96); toutefois, il est précisé, par ailleurs, que « le document reproduisant les données d'un acte juridique inscrites sur support informatique peut être contredit par tous moyens » (art. 2839). La solution ne distingue pas selon que l'écrit numérique concerne un acte de commerce, un acte civil ou un acte mixte, ce qui revient, sur le terrain probatoire, à faire basculer l'informatique dans la sphère du droit commercial. Il est clair que la règle de l'article 2839 serait d'application, en droit belge, entre commerçants ou à l'égard d'un commerçant dans les actes mixtes, mais pas en matière civile, même pour des actes qui se situent sous le seuil de 15.000 BEF (seconde règle de l'art. 1341, C. civ.) (97). Il serait malheureux, à notre avis, d'emboîter le pas du législa-

teur québécois sur ce point. Cette option, en effet, consacrerait l'infériorité de la preuve par écrit sous forme électronique, au moment même où intervient la proclamation de sa valeur probatoire de principe.

La solution inverse est de soutenir jusqu'au bout le parallélisme des formes en considérant qu'aucune preuve par témoins ne pourra être reçue contre et outre le contenu à un acte établi sur un support numérique, « encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de quinze mille francs ». En d'autres termes, pareille preuve ne pourrait être administrée qu'à l'aide d'un autre écrit, sous quelque forme que ce soit, auquel cas on est renvoyé à la seconde question relative au conflit entre deux écrits (voy. ci-après). Pareille solution s'inscrit, de la façon la plus limpide, dans le prolongement logique du parti pris de l'élévation du titre électronique au rang des preuves littérales.

Face à ces deux solutions radicales, le G.I.P. « Droit et Justice », quant à lui, a préféré une voie médiane consistant, d'un côté, à reconnaître à l'écrit électronique une valeur probatoire, mais, de l'autre, à réserver la possibilité de la preuve contraire, qui « peut être rapportée contre un écrit électronique sur le fondement de présomptions graves, précises et concordantes » (98). Cette formule « invite le juge à plus de vigilance » (99) dans l'examen des moyens et présomptions invoqués contre et outre un écrit sous forme électronique. Expression d'une audace contenue, cette solution de compromis n'est pas à suivre, selon nous, pour des raisons exposées ci-après (dans la mesure où elles justifient également notre point de vue à propos de la question des conflits de preuve littérale). Elle n'a d'ailleurs pas été entérinée par le législateur français.

La deuxième question concerne l'éventuel conflit entre un écrit sous forme électronique et un écrit papier (signé) classique. Ici aussi, le G.P.I. a estimé, pour l'heure, qu'il convenait d'instaurer une hiérarchie, au sein de la preuve littérale, entre l'écriture traditionnelle et l'écriture électronique. Aussi a-t-il proposé d'introduire dans l'article 1316-2, un alinéa 3, libellé comme suit : « Il ne peut pas être prouvé par écrit électronique contre et outre un écrit rédigé sur des registres ou papiers quelconques et signé par les parties ».

En soutien de ce principe, divers arguments sont avancés, les principaux étant, d'une part, l'absence de garantie de sécurité parfaitement fiable entourant les preuves électroniques, d'autre part, le caractère souvent unilatéral de leur production et archivage en ce qu'elles sont fréquemment tributaires d'un système maîtrisé par une seule des parties.

Cette invitation à la prudence n'a manifestement pas emporté l'adhésion du législateur français, qui n'a pas retenu la disposition proposée (100). Il est vrai que celle-ci est justiciable d'une double critique. La première, qui tient de l'opportunité, a été excellemment développée par le haut conseiller P. Leclercq (101).

Après avoir convenu que « le commerce électronique ne trouvera sa réelle maturité que lorsque la mise en œuvre de nombreux moyens techniques de sécurisation sera généralisée », ce dernier en vient à plaider en faveur d'une « sécurisation juridique de l'écrit électronique ». Effectivement, le maintien de celui-ci en état d'infériorité ne serait pas sans susciter divers inconvénients. Soit les contractants par voie électronique prendront soin de doubler leurs échanges électroniques par l'envoi de documents papier, avec le risque de voir se multiplier les conflits de preuve. Soit, plus vraisemblablement, les commerçants ou prestataires de services éviteront toute formalisation par écrit traditionnel de leurs

(98) Article 1316-1 de l'avant-projet de loi modifiant les dispositions du Code civil sur la preuve littérale afin de les adapter à la société de l'information (proposition du G.I.P. « Droit et Justice »).

(99) P. Catala, « Ecriture électronique et actes juridiques », *op. cit.*, p. 101.

(100) Pour être complet, il faut préciser que le G.I.P. proposait, en outre, l'adoption de la disposition supplétive suivante : « Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, les tribunaux règlent les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable ». Cette proposition a été suivie, elle, par le législateur, non sans être complétée, *in fine*, par les mots « (...) quel qu'en soit le support ».

(101) P. Leclercq, « Propositions diverses d'évolutions législatives sur les signatures électroniques », *D.I.T.*, 1998/3, p. 20.

(95) P. Catala, « Ecriture électronique et actes juridiques », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, pp. 100 et s.

(96) « Lorsque les données d'un acte juridique sont inscrites sur support informatique, le document reproduisant ces données fait preuve du contenu de l'acte, s'il est intelligible et s'il présente des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier. (...) » (art. 2837, C.C.Q.).

(97) Comp. P. Catala, « Ecriture électronique et actes juridiques », *op. cit.*, p. 100.

rapports contractuels avec leurs partenaires, de manière précisément à conjurer le risque de voir ces derniers, en cas de litige, présenter leurs documents papiers contre lesquels les archives électroniques des premiers seront tenues en échec, aussi fiables fussent-elles. A cet égard, P. Leclercq de conclure en des termes qui méritent d'être reproduits littéralement : « Fragiliser systématiquement la valeur juridique des systèmes techniques de sécurisation, même celle des meilleurs, risque d'en retarder la généralisation, et de laisser trop longtemps encore le commerce électronique dans un contexte d'acceptations de risques inévaluables » (102), sinon d'en freiner l'essor.

La seconde critique est plus fondamentale : une telle consécration de l'écrit papier contredit de façon flagrante l'intention première de privilégier une conception large de l'écrit, qui soit neutre eu égard au support et à la technique utilisés, de manière à assurer l'admission de l'écrit électronique au rang de la preuve littérale. Et comme l'a fait remarquer avec pertinence E. Caprioli, « la violation du principe de neutralité eût été favorable aux écrits papier, ce qui aurait tenu du paradoxe » (103). A l'instar des deux auteurs cités (et de l'article 1316-2 de la loi française), nous pensons, pour notre part, qu'il est plus judicieux de s'en remettre à la sagesse des juges pour trancher les conflits de preuve littérale. Celui-ci prendrait en considération divers facteurs tels que la technique de sécurisation utilisée, la date de chacune des expressions de volonté, le titre le plus vraisemblable quant à sa teneur...

Au total, l'enseignement que nous sommes tentés de tirer de ces discussions en doctrine française est de confier à la prudence et à la sagesse du juge (104) le soin d'apprécier les conflits de preuve littérale sans vouloir figer dans un texte légal aucune hiérarchie entre les actes sous seing privé.

2. — La règle des originaux multiples

L'informatique se joue apparemment de la distinction original/copie. Il est indéniable que reproduire des données numériques est chose particulièrement aisée. Est-ce à dire que la distinction évoquée perd de sa vigueur dans l'environnement numérique? Et quelle est encore, dans ce contexte, l'utilité de la règle « du double » (art. 1325, C. civ.)?

La notion d'original, il est vrai, n'est pas définie dans la loi. Nulle disposition du Code civil n'est consacrée à régler son sort. Et, en doctrine, elle fait l'objet de commentaires laconiques. Tout au plus y est-il fait allusion à l'heure de présenter le régime probatoire des copies. Comme la lumière dans les ténèbres, la notion d'original brille par contraste avec celle, mieux circonscrite, de copie. La difficulté de rencontrer une définition positive de l'original se comprend, tant il est vrai que, sur le terrain probatoire, l'original se confond tout simplement avec l'acte signé (authentique ou privé).

L'informatique oblige aujourd'hui à revenir sur la notion d'*original*, si simple et familière qu'on risque d'en oublier la portée exacte. D'où certains malentendus, apparus sous diverses plumes, et qu'il convient de dissiper (105). Ainsi, il est utile de rappeler que l'unicité d'un écrit n'est

pas le critère de son originalité, comme l'atteste la formalité des originaux multiples prescrite par l'article 1325 du Code civil. Dans le même ordre d'idées, l'originalité, en droit de la preuve, ne se confond pas avec l'écriture sur le support *originel* (ou *originaire*). Un écrit ne perd pas automatiquement sa qualité d'original dès l'instant où il ne se trouve plus sur son premier support. La notion n'est pas non plus liée à la nature d'un support en particulier (papier et, en tout cas, matériel ou tangible). Enfin, contrairement à ce qui est aussi parfois affirmé, l'existence d'une garantie relative à l'intégrité d'une écriture n'est pas davantage une condition suffisante de la forme originale de celle-ci. Un acte ne peut être tenu pour original par le seul fait que son intégrité est préservée.

En réalité, avec la doctrine traditionnelle, il faut retenir que c'est la signature, et elle seule, qui élève un écrit au rang d'original. La copie s'en distingue précisément par la circonstance qu'elle en est une transcription non signée (106). L'informatique malmène cette traditionnelle distinction dans la mesure où elle permet la reproduction, en copie ou en original, d'un écrit. Jusqu'il y a peu, en effet, toute reproduction d'un original (par papier carbone, photocopie ou télécopie) s'analysait en une copie, à défaut de comporter une signature originale (*i.e.* tracée directement sur l'écrit). Sous l'empire du papier, on pouvait penser, à juste titre, qu'écrit original et écrit originare se confondent ou, en d'autres termes, que le tracé de l'écriture *sur son premier support* est une caractéristique essentielle de l'original. A l'heure de l'informatique, cette analyse doit être affinée. En effet, il est désormais erroné de prétendre que toute reproduction d'un écrit sous forme électronique s'analyse en une copie. Dès l'instant où la signature de l'émetteur demeure liée à l'acte (écrit numérique) — non plus physiquement, mais logiquement! — nonobstant la transmission, et que son authenticité peut être vérifiée, le nouveau document a valeur d'*original*, à l'instar de l'acte *originare*. Dans le cas contraire, la reproduction est une copie et a valeur de commencement de preuve par écrit ou de simple présomption (107). Force est de constater que ce n'est plus le support (originare) qui assure l'indispensable maintien de l'intégrité, mais la signature, dont le mécanisme permet de figer logiquement le contenu de l'écrit.

Il faut le redire avec force : un document n'est pas « original » par le seul fait que son intégrité est préservée. Si l'on admet que l'une des fonctions de la signature électronique est de garantir l'intégrité du contenu de l'acte, il en résulte qu'un caractère original pourra être reconnu à l'écrit signé (108). Mais l'inverse n'est pas vrai. Un document écrit dont l'intégrité est garantie n'est pas nécessairement signé et, de ce fait, ne peut être tenu pour un « original ». En effet, on peut imaginer un document dont l'intégrité est préservée (109), mais dont il est impossible de déterminer l'auteur (110). Peut-on encore parler dans ce cas de document original? A l'évidence, non. Nous pouvons donc affirmer que le caractère original de l'acte résulte de la signature de celui-ci par son auteur, et non exclusivement du maintien de son intégrité, étant entendu que l'intégrité de cet acte sera nécessairement garantie (111), puisque

peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée (...) ». En doctrine, voy. E. Caprioli, « Ecrit et preuve électroniques dans la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 », *op. cit.*, pp. 1-11, spéc. n° 24.

(106) H. De Page, *Traité*, t. III, 3^e éd., n° 832; R. Mougenot, *op. cit.*, p. 185, n° 187; N. Verheyden-Jeanmart, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 201, n° 417.

(107) A ce sujet, voy. aussi E. Davio, *op. cit.*, *R.D.C.*, chap. 3, § 2.

(108) J. Larrieu avait déjà vu juste à cet égard (*op. cit.*, n° 19).

(109) Par ex., un document archivé sur un cédérom (ROM = *Read Only Memory*), qui ne peut être modifié étant donné que le code binaire est gravé sur le support. Toute tentative de modification risquerait d'endommager le document de manière irréversible et de le rendre illisible.

(110) C'est le cas si aucune technique d'identification n'a été utilisée.

(111) Les autres fonctions (identification et consentement) seront également remplies puisque l'acte original est signé. Peu importe donc que les différentes fonctions soient réalisées par un seul mécanisme informatique ou par la combinaison de plusieurs mécanismes (dont seulement certains sont qualifiés de signature au sens technique, et non juridique, du terme, ce qui entretient d'ailleurs une confusion malsaine). Ce qui compte réellement, c'est qu'elles

(102) *Ibidem*, p. 20.

(103) E. Caprioli, « Ecrit et preuve électroniques dans la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 », *op. cit.*, p. 7, 20.

(104) A ce propos, *ad generalia*, X. Thunis, « La sagesse du juge : le devoir avant la vertu », in *Toute la sagesse du monde - Hommage à Maurice Gilbert*, Presses universitaires de Namur et Editions Lessius, 1999, pp. 299-311.

(105) Voy. l'article 7 de la loi luxembourgeoise reproduit plus haut, ainsi que le commentaire du projet de loi (notamment l'assertion suivante : « Cette originalité ne se ramène pas, comme par le passé, à une absence de modification du support, mais cette originalité découle de ce que l'intégrité d'une information puisse être établie de son origine à nos jours (...) »). Voy. aussi l'article 8 de la loi type de la C.N.U.D.C.I., qui a inspiré le législateur luxembourgeois : « 1) Lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, un message de données satisfait à cette exigence : a) s'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre; et b) si lorsqu'il est exigé qu'une information soit présentée, cette information

l'une des fonctions de la signature est précisément le maintien de l'intégrité (112).

Cela étant, la règle des originaux multiples perd-elle désormais son intérêt? Le but de cette formalité est de permettre à chacune des parties de disposer d'une preuve du contrat. Il est aussi de faciliter une comparaison, de manière à déceler les éventuelles altérations unilatérales de l'*instrumentum*. Cette comparaison, il est vrai, devient inutile à partir du moment où le document ne peut être modifié sans le concours de l'autre partie (113). Pour être original, en effet, le document doit être muni d'une signature numérique. Or, celle-ci est le résultat de la transformation du document par l'utilisation de clés asymétriques. Par conséquent, un document signé, à la disposition d'une partie, ne peut être altéré par elle seule. On peut donc considérer que la formalité du double est remplie dès que la modification du contenu de l'acte nécessite l'action conjointe des différentes parties. Néanmoins rien n'empêche de prévoir plusieurs fichiers archivés en plusieurs endroits, mais l'intérêt de cette précaution paraît limité à des fins de sauvegarde.

Enfin, pour être complet, on rappelle ici que la règle de l'article 1325 du Code civil peut être écartée en ce qui concerne l'échange de données électroniques en vue de conclure un acte sous seing privé (114). Cette hypothèse est à rapprocher du cas des contrats conclus par échange de lettres missives, auxquels ne s'applique pas le prescrit de l'article 1325, selon l'avis unanime de la doctrine et de la jurisprudence (115). Mais, à nouveau, rien n'interdit d'accomplir la formalité prescrite : il suffit d'établir un original pour chaque partie ayant un intérêt distinct et de mentionner, sur chaque exemplaire, le nombre d'originaux. L'opération est facilitée par le fait qu'une partie ne doit pas nécessairement signer l'exemplaire qui lui est destiné pourvu qu'il ait été signé par l'autre partie à laquelle on prétend l'opposer (116).

3. — L'efficacité probatoire des copies

Le « sous-statut » accordé à la copie par l'article 1334 du Code civil tient, d'une part, à l'absence de signature, d'autre part, au risque de manipulation du contenu lors de l'opération de reproduction. Dans l'univers numérique, il est aisé de créer un document qui se veut la copie d'un acte original, et qui est, plus exactement, un simple écrit non signé, dont l'original ne peut être produit. Dans ce cas, même le régime strict de l'article 1334 ne pourra s'appliquer au message reçu, qui ne peut être regardé comme une « copie » au sens de cette disposition. Tout au plus, pareil message de données pourra-t-il être reçu comme commencement de preuve par écrit (art. 1347) ou, plus vraisemblablement, comme simple présomption.

Mais, par ailleurs, nous sommes portés à croire que l'article 1334 est appelé à jouer un rôle considérable dans l'avenir. A court terme, en attendant que les écrits signés numériquement puissent être envoyés directement, par voie électronique, aux greffes (informatisés) des tribunaux, ces écrits seront vraisemblablement produits en copie papier. Dans cette hypothèse, le titre original pourra, sur demande, être représenté en justice, conformément au prescrit de l'article 1334. A moyen terme, il se peut aussi que, pour des raisons de commodité, des copies papier soient plus volontiers utilisées dans l'administration de la justice, alors même que les écrits signés, tenant lieux d'originaux, pourraient être produits

sous forme de fichiers informatiques ou expédiés aux greffes électroniques.

4. — Le commencement de preuve par « écrit numérique »

Cette preuve imparfaite a encore de beaux jours devant elle. Tous les documents ou échanges de données électroniques non pourvus d'une signature ne pourront valoir comme actes sous seing privé (ni *a fortiori* comme actes authentiques). Et sans doute faudra-t-il un peu de temps avant que tous les éléments du cadre juridique de la signature électronique soient en place. Il faudra pareillement compter avec le temps pour assister à sa généralisation et à son usage courant, par tous et pour tous les échanges sensibles. En attendant, de nombreux *e-mails*, messages S.M.S. ou commandes en ligne sur des sites Web (ou Wap) seront normalement considérés comme de simples commencements de preuve par écrit (117).

CONSIDÉRATIONS FINALES

Depuis plusieurs années déjà les entreprises passent des contrats par voie électronique. Mais cette nouvelle manière de commercer était confinée dans des réseaux fermés et sectoriels. Avec la généralisation de l'internet, le « contrat en ligne », conclu sans papier ni signature (manuscrite), a désormais pénétré la vie domestique. Devenu un phénomène de masse, le droit ne pouvait plus l'ignorer.

Jusqu'ici, les règles de preuve étaient aménagées par le biais d'accords d'interéchanges auxquels souscrivaient tous les adhérents aux réseaux. Cette solution contractuelle n'est plus toujours possible dans le cadre des réseaux ouverts. Le commerce électronique ne peut prospérer si la valeur probante des documents, messages et autres traces informatiques demeure incertaine. Le moment est venu de déterminer les conditions de recevabilité et la valeur probante de ces preuves nouvelles, en particulier dans les cas où un écrit est exigé.

A cet égard, la reconnaissance légale de la signature constitue une avancée appréciable, mais encore insuffisante. La preuve littérale repose, en effet, sur deux notions premières : non seulement celle de *signature*, mais aussi, naturellement, celle d'écrit. Or, on l'a vu, la doctrine reste divisée sur cette dernière notion. Il s'ensuit que des doutes subsistent quant à la force probante attachée à certains écrits sous forme électronique. Il nous paraît dès lors opportun de donner une définition de l'écrit dans le Code civil, non sans perdre de vue l'éventuelle incidence de celle-ci sur les situations, nombreuses dans notre législation, où un écrit est exigé à d'autres fins que probatoires. L'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information est donc solidaire de la réflexion plus large sur le formalisme qui nous est imposée dans le cadre de la transposition en droit interne de la directive européenne sur le commerce électronique, et singulièrement de son article 9.

Didier GOBERT

Assistant au C.R.I.D.

des Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix

Etienne MONTERO

Professeur aux Facultés universitaires
Notre-Dame de la Paix.

soient toutes remplies pour qu'on puisse considérer qu'il s'agisse d'un document signé et qu'on le traite comme tel (notamment sur le plan du droit de la preuve).

(112) D. Gobert et E. Montero, *op. cit.*, pp. 30-31, n° 39.

(113) Rapp. P. -Y. Gautier et X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, n° 25.

(114) Pour plus de détails, voy. D. Gobert et E. Montero, *op. cit.*, p. 53, n° 26, et les réf.

(115) R. Mougenot, *op. cit.*, p. 155, n° 133; N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, p. 295, n° 639; P. Van Ommeslaghe, « Examen de jurisprudence : 1974 à 1982 - Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 169, n° 248.

(116) R. Mougenot, *op. cit.*, p. 156, n° 137; N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, n° 532.

(117) En ce sens, P.-Y. Gautier et X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p. 1119, n° 28.